كتاب البيوع ١	باب خيار الشرط ١٤	باب خيار الرويه ٢٦	باب خيار العيب ٢٧	باب البيع الفاسد ٣١	فصل فى احكامه ٥٠
باب الاقاله ٥٦	باب المرابحة والتولية ٥٨	باب الربوا ٦٧	باب الاستحقاق ٧٤	فصل فى بيع الفضولى ٧٢	باب السلم ٧٦
كتاب الصرف ٩٢	كتاب الكفالة ٩٩	كتاب الحواله ١١٥	كتاب ادب القاضى ١١٧	فصل فى الحبس ١١٨	باب كتاب القاضى الى القاضى ١١٩
باب التحكيم ١٢٣	مسائل شتى ١٢٥	فصل فى القضاء بالمواريث ١٢٩	كتاب الشهادات ١٣١	باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل ١٣٩	باب الاختلاف ١٤٠
فصل فى الشهادة ١٤٣	باب الشهادة على الشهادة ١٤٦	باب الرجوع عن الشهادة ١٤٧	كتاب الوكالة ١٥٢	باب الوكالة فى البيع والشرا ١٦٢	فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد ١٦٧
فصل فى البيع والشرا ١٦٨	باب الوكالة بالخصومة ١٧٤	باب عزل الوكيل ١٧٨	كتاب الدعوى ١٨١	باب اليمين ١٨٣	فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف ١٨٩
باب التحالف ١٩١	فصل فيمن لا يكون خصما ٢٠٢	باب ما يدعيه الرجلان ٢٠٤	فصل فى التنازع بالايدى ٢١٣	باب دعوى النسب ٢١٤	كتاب الاقرار ٢٢٢
باب الاستثناء وما فى معناه ٢٢٧	باب اقرار المريض ٢٣١	كتاب الصلح ٢٣٥	باب التبرع بالصلح والتوكيل ٢٤٣	باب الصلح فى الدين ٢٤٥	فصل فى التخارج ٢٥٠
كتاب المضاربة ٢٥١	باب المضارب يضارب ٢٥٤	فصل العزل والقسمة ٢٥٦	فصل فيما يفعل المضارب ٢٥٨	فصل فى الاختلاف ٢٦١	كتاب الوديعة ٢٦٢
كتاب العارية ٢٦٥	كتاب الهبة ٢٧٠	باب الرجوع فى الهبة ٢٧٥	كتاب الاجارة ٢٨٠	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ٢٨٣	باب الاجارة الفاسدة ٢٨٧

باب ضمان الاجير ٢٩٣	باب الاجارة على احد الشرطين ٢٩٥	باب اجارة العبد ٢٩٧	باب فسخ الاجارة ٢٩٧	كتاب المكاتب ٢٩٩	فصل فى المكاتبة الفاسدة ٣٠٠
باب ما يجوز للمكاتب ٣٠٦	باب من يكاتب عن العبد ٣١٤	باب موت المكاتب ٣١٥	كتاب الولاء ٣١٨	كتاب الاكراه ٣٢٠	كتاب الحجر ٣٢٦
فصل فى حد البلوغ ٣٢٦	باب الحجر بسبب الدين ٣٢٦	كتاب المأذون ٣٢٨	كتاب الغصب ٣٣٣	كتاب الشفعة ٣٣٨	باب طلب الشفعة ٣٤٠
فصل فى الاختلاف ٣٤٢	فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٣٤٤	باب ما يجب الشفعة وما لا يجب ٣٤٦	باب ما يبطل به الشفعة ٣٤٧	كتاب القسمة ٣٤٨	فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم ٣٥٢
فصل فى كيفية القسمة ٣٥٤	فصل فى دعوى القسمة والاستحقاق فيها ٣٥٥	فصل فى المهاياة ٣٥٦	كتاب المزارعة ٣٥٧	كتاب المساقات ٣٦١	كتاب الذبايح ٣٦٢
فصل فيما يحل اكله وما لا يحل ٣٦٥	كتاب الاضحيه ٣٦٦	كتاب الكراهية ٣٦٩	فصل فى الاكل والشرب ٣٦٩	فصل فى اللبس ٣٧٠	فصل فى النظر والوطئ والمس ٣٧١
فصل فى الاستبراء ٣٧٢	فصل فى البيع ٣٧٤	مسائل متفرقه ٣٧٦	كتاب احياء الاموات ٣٧٩	فصول فى مسائل الشرب فصل فى المياه ٣٨٠	فصل فى كرى الانهار ٣٨١
فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ٣٨١	كتاب الاشربه ٣٨١	كتاب الصيد ٣٨٦	فصل فى الجوارح ٣٨٦	فصل فى الرمى ٣٨٧	كتاب الرهن ٣٨٧
باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٣٩٦	باب الرهن يوضع على يد العدل ٤٠٦	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه ٤١٠	كتاب الجنايات ٤٢١	باب ما يوجب القصاص ٤٢٤	باب القصاص فيما دون النفس ٤٢٦
باب الشهادة فى القتل ٤٣٥	باب فى اعتبار حالة القتل ٤٣٧	كتاب الديات ٤٣٩	فصل فيما دون النفس ٤٤١	فصل فى الشجاج ٤٤٢	فصل فى الجنين ٤٤٨

باب ما يحدث الرجل في الطريق ٤٥١	فصل في الحائط المائل ٤٥٣	باب جناية البهيمة والجناية عليها ٤٥٣	باب جناية المملوك ٤٥٦	فصل في جناية المدبر وام الولد ٤٦٧	باب غصب العبد والمدبر والصبي في الجناية في ذلك ٤٦٩
	باب القسامة ٤٦٩	باب المعاقل ٤٧١	كتاب الوصايا ٤٧٤	باب الوصية بثلث المال ٤٨١	
	فصل في اعتبار حالة الوصية ٤٩٠	باب العتق في المرض ٤٩٠	باب الوصية للاقارب وغيرهم ٤٩٢	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة ٤٩٣	
		باب الوصي وما يملكه ٤٩٤	فصل في احكامه ٤٩٦		

T. C.
MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI
RAGIP PAŞA KİTAPLIĞI
MÜDÜRLÜĞÜ
Sayı: 446/2

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور براغب
عفي عنه

٥٤٨
سطر
٢١

RAĞIP P.
Ka. N.
543

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع مأخوذ من مد الباع سمي بيعا لان كل واحد من المتعاقدين بعد البيع يمد باعه الى صاحبه وهو عبارة عن مبادلة المال بالمال بالتراضي كذا قيل في التعريف **واعترض** بانه ان كان تعريفا لمطلق البيع يرد على عكسه بيع المكره لانعدام التراضي فيه وان كان تعريفا للبيع الصحيح الجائز شرعا يرد على طرده ساير البيوع الفاسدة سوى بيع المكره لصدق التعريف عليه **وجوابه** انه تعريف البيع الجائز حقا للعبد اذ الجواز لحقه يدور مع المراضاة وجودا وعدما اما الجواز لحق الشرع فلا يدور معها لان البيع قد يجوز في حقه مع عدم المراضاة كبيع المكره فانه جائز في حق الشرع وانما الفساد لحق العبد حتى لو رضي المكره ينقلب جائزا ولو تداولته الايدي لا ينقطع حق المكره في الاسترداد باعتبار تعلق حق الغير ولو كان الفساد لحق الشرع لكان الامر بالعكس وقد لا يجوز البيع في حق الشرع مع مراضاة المتعاقدين كالربوا وغيره من البيوع الفاسدة **ولئن قيل** ان البيع قد يصح في حق العبد بدون التراضي ايضا كمن اصابه مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء وان لم يرض به **فجوابه** ان صاحب المخمصة متعنت في امتناع القبول لانه تعين مدفعا للهلاك فيرد امتناعه ويجعل راضيا حكما او نقول انه قيد بالتراضي احترازا عما اذا كان احد المتعاقدين مكرها وانما احترز عن الاكراه لكونه مفسدا للعقد فيكون احترازا عن ساير المفسدات دلالة وصار كانه قال البيع مبادلة المال بالمال الخالية عن جميع كل واحد من المفسدات فيكون تعريفا للبيع الصحيح لان كل مبادلة خالية عن كل واحد من المفسدات وهو بيع صحيح وكل مبادلة لم تكن خالية عن كل واحد من المفسدات فهو بيع فاسد او نقول انه تعريف للبيع التام صحيحا كان او فاسدا اذ البيع انما يتم بالتراضي اشار اليه في خيار الشرط عند قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه حيث قال لان تمام هذا السبب بالمراضاة **فان قلت** بيع المكره تام حتى يفيد الملك عند علمائنا الثلثة ولا مراضاة **قلت** جوابه سيأتيك

في باب خيار الشرط ان شاء الله تعالى **قوله** لان البيع انشاء تصرف الخ تمسك بالاجماع فانهم اجمعوا على انعقاد الشيء بما وضع له او استعمل فيه والموضوع للاخبار عن الماضي قد استعمل في الانشاء شرعا تقضية للحاجة فالانسان يحتاج الى انشاء هذا التصرف ولم يوجد في اللغة ما يتمكن به من انشائه فلا بد من ان يثبت في الشرع ما يتمكن به من انشائه والموضوع للاخبار عن الماضي احق بالنقل الى الانشاء لان الوجود حق لازم له والانشاء هو تحقيق وجود فثبت به انشاء البيع وهو المطلوب ثم انه كانه دليل على انعقاده بلفظي الماضي لا على النفي المفهوم من قوله اذا كانا بلفظ الماضي لان الموضوع للمستقبل ايضا يستعمل في الانشاء غير ان استعمال الماضي في الانشاء اكثر من استعمال المضارع فيه الا يرى ان النكاح ينعقد بلفظ المستقبل مثل ان يقول اتزوجك فقالت قبلت وتزوجت وهو تصرف انشائي كالبيع بل البيع ايضا ينعقد بلفظ المضارع عند نية الحال كما ذكر الشارح نقلا عن شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء واما الدليل على عدم انعقاده بلفظ المستقبل مثل ان يقول احدهما ابيعك والاخر يقول اشتريت او يقول بعني فيقول المالك بعت ويقول المالك بع فيقول المامور بعت مني فهو ان الاول يحتمل المواعدة والثاني يحتمل المساومة بخلاف النكاح فانه ينعقد به لانه لا يخلو عن تقدم خطبة وهو يدل على ان المراد به الحال اما البيع فيقع بغتة فيحمل قوله ابيعك على المواعدة وقوله بعني على المساومة واما الثالث فلان الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع وفي النكاح يتولاه لما مر او نقول معناه ان البيع تصرف انشائي وانشاء كل تصرف لا يعرف الا بالشرع اذ لا طريق اليه من قبل اللغة لانه لم يوجد في اللغة لفظ يثبت موجبه بمجرد التلفظ به والبيع تصرف لم يعرف انشاؤه في الشرع الا بلفظي الماضي فلا ينعقد الا بهما وعلى هذا يصلح دليلا على النفي المفهوم ايضا **وفيه بحث** اذ الرواية منصوصة انه اذا كتب بعني كذا بكذا فلما بلغ اليه الكتاب قال بعت تم البيع لان بعني من الغايب لا يحتمل المساومة فالبيع ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل فلا وجه بقوله والبيع تصرف لم يعرف انشاؤه في الشرع الا بلفظي الماضي **واجيب** بان بعني من الغايب لما لم يحتمل المساومة قام مقام اشتريت فكان الانعقاد بلفظ الماضي معنى **قوله** والموضوع للاخبار اي عن الماضي قد استعمل فيه اي في الانشاء وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له بمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي

كذا في الكافي وكانه اراد الاختصاص الغالبي لا الادعائي والا فالموضوع للاخبار
عن الحال والاسمية قد استعمل في الانشاء ايضا حتى ينعقد النكاح بانا تزوجتك
بكذا والطلاق بانت طالق وهما تصرفان انشائيان بل البيع ايضا ينعقد بالمضارع
عند نية الحال كما ذكره الشارح فلله در المصنف حيث اطلق الموضوع للاخبار
ولم يقيده بقوله عن الماضي ثم كلام المصنف حيث تصريح بان الكلام الخبري
مستعمل في الانشاء كانه نقل من الاخبار الى الانشاء شرعا ونص الامام
فخر الاسلام حيث بانه باق على معناه الخبري وثبوت التصرفات بطريق الاقتضاء
على ما عرف بحقيقته مع ما فيه من الاشكالات وحلها فان رغبت فعليك
بمطالعة شرحنا للبزدوي **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل
نحو ان يقول البائع ابيع او المشتري اشتري لان الصيغة مترددة بين الحال
والاستقبال والبيع ينعقد فجاة ولا دلالة على الحال ولا يتعين للحال
بخلاف النكاح لانه لا يخلو عن تقدم خطبة وهي تدل على ان المراد الحال
كذا قيل والاصح ان يقال في نظير لفظين احدهما لفظ المستقبل نحو ان يقول
احدهما بعني فيقول الاخر بعت لان الفرق الذي مر في النكاح من ان الواحد
يتولى طرفي النكاح دون البيع انما يتاتى اذا انعقد النكاح فيما اذا قالت
زوجني من نفسك فيقول هو زوجت ولا ينعقد البيع اذا قال بعني فيقول
بعت اما الفرق الذي ذكر بين انعقاد النكاح بلفظ المضارع نحو اتزوجك
دون البيع نحو ابيعك فهو ليس بفرق مذكور في كتاب النكاح مع انه لا يخلو
عن بحث لما مر في غير موضع من التصريح بان المضارع حقيقة للحال
مجاز في الاستقبال حتى يستعمل فيه من غير قرينة والاستقبال يحتاج اليها
الا يرى انه لو قال كل مملوك املكه حر بعد غد وله مملوك واشترى اخر عتق
المملوك دون المشترى لان الصيغة حقيقة للحال مجاز في الاستقبال كذا
ذكر في كتاب العتق ولما كان صيغة المضارع للحال حقيقة وجب ان ينعقد
به البيع بلا نية وقرينة لعدم احتياج الحقيقة اليها ثم لا يقال انعقاد النكاح
فيما اذا قالت زوجني من نفسك فقال زوجتك انما هو بقوله زوجتك لقيامه
مقام زوجت وتزوجت اذ الواحد انما يتولى طرفي النكاح اذا كان الانعقاد
بلفظ تزوجت فقط فلو انعقد البيع فيما اذا قال بعني فيقول بعت لكان
الانعقاد بلفظ بعت القايم مقام الايجاب والقبول فكان الانعقاد بلفظين
ماضيين حكما فلا يصلح ذلك تمثيلا للانعقاد بلفظين احدهما لفظ المستقبل
لانا نقول الانعقاد وان كان بلفظ بعت وتزوجت ولكن قيامه مقام الايجاب
والقبول انما هو لقوله بعني او زوجني فجاز ان يضاف الانعقاد الى لفظ الامر الذي

هو الاستقبال فيصلح نظيرا له والله اعلم **قوله** والمعنى هو المعتبر **قلت**
فحين كان الهبة بشرط العوض بيعا من كل وجه كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
من كل وجه والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة من كل وجه **ولئن قلت**
اعتبار المعنى وان كان يوجب ان يكون بيعا فاعتبار اللفظ يوجب ان يكون
هبة والعمل بهما ممكن بان يجعل هبة ابتداء حتى يشترط التقابض لثبوت الملك
وبيعا انتهاء حتى يجري فيه الشفعة لو كان الموهوب عقارا **قلنا** فيجب
ان يكون نحو وهبتك بكذا او اعطيتك بكذا ايضا هبة ابتداء للفظ وبيعا
انتهاء للمعنى وانه بيع اجماعا وانما يكون هبة ابتداء اذا قال بكلمة على دون
الباء نحو وهبتك كذا او اعطيتك كذا على ان تعطيني كذا او بشرط ان تعطيني
كذا الا ان يقال ليس معنى كونه هبة لفظا ان يذكر فيه ما هو موضوع للهبة
من قوله وهبتك او اعطيتك بل معناه ان لا يكون اللفظ دالا على المقابلة
والمبادلة وقولنا وهبتك بكذا دال على المقابلة لفظا بخلاف وهبتك
على ان تهبني او تعطيني وبشرط ان تهبني او تعطيني كذا فانه هبة لفظا
لا تعرض فيه للمقابلة وان كان بيعا معنى فاعتبر اللفظ والمعنى عند الامكان
قوله في هذه العقود كانه احتراز عما يجب فيه مراعاة اللفظ كالشهادة
وانه لا تصح الا بلفظ الشهادة حتى لو ذكر ما يؤدي معناها بان يقول اخبر
عن معاينة لا تقبل لان في لفظها من الوكادة ما ليس في غيرها من الالفاظ
وكذا عقد المفاوضة لا ينعقد الا بلفظ فاوضت لان غيره لا يؤدي معناه
قوله فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وقد يقال خلوه عن حق الغير
لا يقتضي صحة الرجوع لجواز ان لا يصح الرجوع مع عدم تعلق حق الغير كما في تعليق
الطلاق والعتاق وكذا تعلق حق الغير لا يمنع صحة الرجوع كما في الهبة **قوله**
والكتاب كالخطاب يشكل بانه اذا قال الحاضر بعني كذا فقال بعت لا ينعقد
بيعا ما لم يقل قبلته فاما اذا كتب لغايب بعني كذا فلما وصل اليه الكتاب قال
بعت ينعقد فقد افترق الخطاب مع الكتاب في هذه المسئلة والله اعلم فكانه
اراد التشبيه في حق اعتبار المجلس لا في جميع الوجوه حتى يرد ما ذكر بدليل عليه
قوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب **قوله** وكذا الارسال حتى يعتبر مجلس بلوغ
الكتاب **قوله** الا اذا بين ثمن كل واحد بان يقول بعتك هذين العبدين هذا
بمائة وهذا بمائتين له ان يقبل ايهما شاء لان التفصيل الذي ذكر غير حكم الايجاب
السابق فصار منفردا كل واحد بايجاب على حدة فللمشتري قبول ايهما شاء **قلت**
هكذا ذكر في بعض المواضع وذكر في الزيادات انها صفقة واحدة قيل
الاول قياس والثاني استحسان **وقيل** قياس قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله

وادا الرسالة هنا يخالف ما ذكر في الذخيرة حيث قال
قال محمد حيث في الاصل اذا كتب اليها يخطبها فزوجت نفسها
منه كان جميعا والاصل في ذلك ان الكتاب من الغايب بمنزلة
الخطاب من الحاضر وقد صح ان النبي عليه السلام كتب الى النجاشي فخطب
ام حبيبة فزوجها النجاشي منه الا ان الكتاب مع الخطاب
من الحاضر يفترقان من وجه فان الحاضر اذا خطبها فلم تجبه
في مجلس الخطاب وانما اجابته في مجلس اخر لا يصح النكاح
واذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها
منه في ذلك المجلس وانما زوجت نفسها منه في مجلس اخر
بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب
يجوز النكاح هنا كلامه والله اعلم
بالصواب صح

والثانى قول ابيحنيفة رحمه الله ولو كرر لفظ البيع كانت الصفقة متفرقة
بالاتفاق كذا فى الشاهان قلت ذكر التمرتاشى نفع محالا الى الجامع فقال
اذا اتحد العاقد والثمن يتحد الصفقة وكذا لو تعدد العاقد واتحد
الباقى لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن
واتحد العاقد والعقد وان تفرقت الثلاثة تتفرق الصفقة وكذا لو تفرق
العقد واتحد العاقد وان اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن فقد ذكر
فى بعض المواضع يتفرق الصفقة لرجحان جنسية التفرق وفى بعضها لا يتفرق
قيل الاول قياس وهو قولهما والثانى استحسان وهو قول ابيحنيفة وهكذا
ذكر فى الذخيرة والمحيط فهذا يدل على ان القياس والاستحسان انما هو
فيما اذا تفرق العاقد والثمن وما ذكر فى الشاهان يدل على ان القياس
والاستحسان فيما اذا تفرق الثمن واتحد العاقد والعقد والله اعلم ثم
قد يحتاج الى الفرق على رواية الزيادات بين البيع والرهن من حيث
ان الراهن ان سمى لكل واحد شيئا من المال الذى رهنه بان قال رهنتك
هذين العبدين كل واحد بخمسمائة وسلمهما اليه ثم نقد خمسمائة وقال اديت
عن هذا العبد واراد ان يأخذه فله ان يقبضه فالرهن يتفرق بتفريق
المال والبيع لا يتفرق بتفريق الثمن على رواية الزيادات والفرق ان ضم
الجيد الى الردى متعارف فى البيع غير متعارف فى الرهن فلو تفرق الرهن
بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن ولان البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت
الصفقة فيه يصير الثانية شرطا فى الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد
اما الرهن فلا يفسد به لانه تبرع كالهبة هكذا ذكر فى الكافى فى الرهن
ثم ما ذكر المصنف رحمه الله هنا من ان تفريق التسمية يوجب تفرق العقد
يشكل بما اذا اوصى لواحد كبكر مثلا بان ينفق عليه كل شهر كذا ما عاش
واوصى لزيد بثلث ماله واجيز تقسم على ستة اسهم سهم للموصى له بالثلث
ويوقف خمسة للآخر ينفق عليه كل شهر ما عاش عند ابيحنيفة لان الاول
كالموصى له بكل المال فيكون الثلثان بلا منازعة ويبقى الثلث بينهما وان
لم يجيزوا قسم الثلث بينهما نصفين عنده لان الوصية متى وقعت باكثر
من الثلث رد الى الثلث عنده لانه المحل وعندهما ان اجاز واقسم على اربعة
والا قسم الثلث على اربعة لما عرف وان مات كمل ثلثه لزيد لان النقصان
بالمزاحمة وقد زالت وان اوصى لاثنين بان ينفق عليهما كل شهر عشرة ما عاشا
بلفظ واحد وزاد فقال على فلان خمسة وعلى فلان خمسة وبثلثه لزيد
فهما كواحد فيقسم عند الاجازة على ستة عنده وعلى اربعة عندهما وعند عدم

ارباعا عندهما ونصفين عنده لان الوصية واحدة لا تختلف باختلاف
عدد الموصى له ولو كرر لفظ الوصية فكل موصى له بالكل وقسم على تسعة فى الكل
وعلى ثلاثة فى الثلث اى لو قال اوصيت لفلان بثلث مالى واوصيت لفلان
بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت لفلان بان ينفق عليه
خمسة دراهم كل شهر ما عاش فان اجازت الورثة قسم المال على تسعة عند ابيحنيفة
رضى الله عنه للموصى له بالثلث سهم ولكل واحد اربعة وعندهما يقسم
بينهم بطريق العول كذا فى الكافى فى متفرقات الوصايا فلو كان بيان ثمن كل واحد
بمنزلة صفقة لكان بيان نصيب كل واحد من الموصى لهما فيما اذا اوصى
لاثنين بان ينفق عليهما كل شهر عشرة على فلان خمسة وعلى فلان خمسة
بمنزلة وصية على حدة وليس فليس وجواب هذا الاشكال يخرج مما سنذكر
فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ان التفصيل انما يعتبر اذا حكمه يغاير حكم
الاجمال والا فلا والتفصيل فى مسئلة الوصية لا يغير حكم الايجاب فهو والاجمال
بمنزلة بخلاف البيع فان التفصيل فيه مغير حكم الايجاب السابق البتة فانه
لو لم يكن تفصيل الثمن لكان منقسما عليهما بقدر قيمتهما فكان معتبرا مطلقا
وايضا اشار المصنف رح قبيل باب الرهن الذى يوضع فى يد العدل وفى مسائل
المتفرقة من كتاب الشفعة الى ان تفرق الثمن لا يوجب تفرق العقد بفصح عن ذلك
تصفح كتابه فقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى مشكل ولو
ادرج هنا تكرار لفظ البيع كما قيل ويكون المعنى اذا بين ثمن كل واحد وكرر
لفظ البيع لضاع قوله معنى لتفرق الصفقة ح صورة ومعنى قوله وايهما
قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب قلت هذا يخالف ما ذكر فى الكافى
فى باب سجدة التلاوة حيث قال ولا يختلف اى المجلس بمجرد القيام لان
صاحب المجلس يقوم مرة ويقعد اخرى ولا يتبدل مكانه ولو باع وهو
قاعد فقام فقبل المشترى صح قبوله ولو تبدل المجلس بالقيام لما صح
قبوله هذا لفظه وهكذا ذكر شيخ الاسلام فى شرح الجامع انه لو باع وهو
قاعد فقام البايع الا انه لم يذهب عن مكانه حتى قبل المشترى صح قبوله
ولكن ذكر فى عامة المواضع انه لو قال لآخر بعتك هذا ثم قام احدهما عن المجلس
ثم قبل الآخر لا يصح قبوله وهذا هو الصحيح لان القيام ان كان لا يتبدل به
المجلس فهو دليل الاعراض حتى يبطل الايجاب ايضا اذ التمليكات تبطل بصريح
الرجوع ودلالته قوله لان القيام دليل الاعراض فان قلت لو قبل بعد
القيام ينبغى ان ينعقد اذ لا اعتبار للدلالة مع وجود التصريح بخلافه
قلت هذا اذا تعارضا اما اذا عملت الدلالة عملها فلا معتبر بالصريح

فيقسم كل المال على سبعة اسهم بطريق
العول

فان قلت هذا لا يستقيم في حق الموجب لانه وجد التصريح منه قبل الدلالة
قلت بان ما صرح به الموجب لا يوجب عدم الرجوع بعد ذلك بل هو ساكت
عنه وذلك انه لا معارضة بين منشأ البيع والرجوع عنه لانه لا يتعرض له
لا نفيا ولا اثباتا فكيف يعارضه قوله الا من عيب وعدم رؤية قلت
وقد يثبت الخيار بعدم العلم بقدر المبيع ايضا كما سيأتي في مسئلة بيع صبرة
كل قفيز بدرهم ففي الحصر نظر الا ان يراد بقوله من عيب وعدم رؤية
ما يفوت به تمام الرضاء فيتناول عدم العلم بقدر المبيع ايضا ويلحق
عدم العلم بحال المبيع بعدم رؤيته قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الغير
فان قلت حق الغير انما لا يجوز ابطاله اذا تعلق حقه بصفة اللزوم وذلك
غير مسلم بل هو اول المسئلة وعين النزاع اجيب بان قوله تعالى لا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض يدل على جواز التصرف
بعد التجارة عن تراض ولا يخفى انه متى حصل الايجاب والقبول من غير شرط خيار
ونحوه فقد حصلت التجارة عن تراض فيجوز له التصرف في المبيع وما ذلك
الا بلزوم العقد فدل على تعلق حق الغير بصفة اللزوم بمجرد العقد مع التراضي
ولا يحتاج الى شئ اخر فمن شرط المفارقة بالابدان فقد زاد على الكتاب
بخبر الواحد ومتى تعلق حق الغير على وجه اللزوم باشارة النص امتنع الفسخ
لما فيه من ابطال حق الغير بغير رضاه وذلك باطل اجماعا وفيه نظر لان الاية
ان اقتضت حل التصرف بمجرد تحقق التجارة عن تراض باعتبار ان الاستثناء
من الحظر اباحة فحله لا يوجب لزوم العقد الا يرى ان التصرف مع خيار
الشرط والرؤية والعيب جائز مع انه لا يلزم مع هذه الخيارات نعم
انه يصير لازما بعد التصرف لانه دليل الاختيار اما مجرد جوازه فلا يدل
على لزومه الا ان يقال ان الشافعي رح كانه اثبت خيار المجلس باعتبار ان
ساعاته كساعة واحدة فكان الحال بعد الايجاب والقبول كالحال بعد الايجاب
قبل القبول لان جميع ازمنتها لما كانت كزمان واحد كان العاقدان
ما دام المجلس كانهما يشتغلان بالبيع ولم يفرغا عنه بعد انما يفرغان عنه
بعد انتهاء المجلس فيكون لهما الخيار ويكون هذا الخيار كخيار القبول معنى
وان كان غيره صورة والتصرف قبل القبول باطل والاية اقتضت جوازه
لوجود التجارة عن تراض حقيقة قبل انتهاء المجلس بعد الايجاب والقبول
فلا يكون ما بعد القبول في حكم ما قبله فيكون الاية حجة عليه بهذا الطريق
الذي بينا والله اعلم وايضا التصرف انما يمتنع عند عدم اللزوم اذا كان
عدم اللزوم في حق غير المتصرف اما اذا كان في حق المتصرف فقط بحيث لو اقدم

على التصرف

على التصرف كان دلالة الالتزام كما في خيار العيب والرؤية فذا لا يمنع التصرف
وفيما نحن فيه عدم اللزوم ثابت في حق كل من المتبايعين فلا يجوز التصرف لواحد
منهما لما فيه من ابطال حق الفسخ للاخر وقد ثبت بالنص جواز التصرف بعد
تمام التراضي لكل واحد من المتبايعين لانه دليل اللزوم في حق كل واحد منهما
قوله والحديث محمول على خيار القبول فان قلت فيه روايات اخر ترد هذا
الحمل منها قوله عليه السلام المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا الا
بيع الخيار ٢ ومنها البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ٣ او يقول احدهما لصاحبه
اختر وربما قال او يكون بيع خيار ومنها قوله عليه السلام اذا تبايع الرجلان
فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا او يخير احدهما الاخر فتبايعا
على ذلك فقد وجب البيع ومنها اذا تبايع المتبايعان فكل واحد منهما بالخيار
من بيعه ما لم يتفرقا قال او يكون بيعهما عن خيار فاذا كان بيعهما عن خيار
فقد وجب البيع ومنها كل بيعين لا بيع بينهما ما لم يتفرقا الا بيع الخيار و
اجيب بانا قد ذكرنا ان النص وهو قوله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض
ناطق بلزوم البيع بمجرد العقد مع التراضي فكان اشتراط المفارقة بهذه
الاحاديث زيادة على النص بخبر الواحد وانه لا يجوز غير ان بعض روايات
الحديث يحتمل التأويل وان كان بعيدا فاولناه عملا بالخبر بقدر الامكان
وما لا يمكن التأويل فيه تركناه بالكتاب فظهر ان التعليل بقوله ولنا الخ
تعليل موافق لنص الكتاب فكان في غاية السداد فان قلت ما معنى قوله
محمول او يحتمله قلت كان قوله محمول معارضة لما قال الشافعي رح ان الحديث
محمول على افتراق الابدان حمل عليه ابن عمر رضي الله عنهما فعارضه بانه محمول
على تفرق الاقوال حمله ابرهيم رضي الله عنه وقوله او يحتمله جواب عن قطع النظر
الى حمل السلف اي الحديث يحتمله فيحمل عليه عند قيام الدليل وتأويل الصحابي
لا يمنع تأويلا اخر من غيره او معناه ان الحديث محمول على خيار القبول
لدلالة كائنة فيه وهو قوله المتبايعان فانهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها ولو قطعنا النظر عن تلك الدلالة فهو يحتمله فيحمل عليه بالمقدمة
الاجماعية وهو ان ابطال حق الغير بلا رضاه باطل او قوله يحتمله اشارة الى جواب
ما يقال انه حكى ابو عمر الزاهد ان اباموسى النحوي سأل ابا العباس احمد بن يحيى
هل بين يفترقان ويتفارقان فرق فقال نعم اخبرنا ابن الاعرابي عن المفضل
قال يفترقان بالكلام ويتفارقان بالابدان فاجاب بانا ان سلمنا انه
يتفارقان في الابدان فلا شك انه يحتمل التفرق في الاقوال فيحمل عليه عند تعذر
حمله على حقيقته قوله فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها الا مجازا

٢ اي لا بيع بينهما قبل التفرق الا بيع فيه الخيار

٣ اي الخيار قبل التفرق ويقول احدهما لصاحبه اختر بعد تمام البيع فانه يثبت الخيار حتى كان له الامضاء والفسخ

والحقيقة احق فان قلت ليس يلزم المجاز في تفرقا عند الحمل على خيار القبول
قلت نعم ولكن في الاسناد الى المتبايعين لا في لفظ المتبايعين والمجاز
في الاسناد اهون منه في اللفظ على ان المجاز في نسبة التفرق اليهما تعين
بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وبالمقدمة الاجماعية وهو ان
ابطال حق الغير بغير رضاه باطل وفي خيار المجلس ذلك قوله والتفرق
تفرق الاقوال فان قلت جاز ان يحمل على تفرق الابدان مع الحمل على خيار
القبول فانه اذا قال بعت فالاخر بالخيار ما لم يتفرق احدهما عن الاخر وتفرق
الابدان هو الحقيقة وهي احق عند الامكان اجيب بان الخيار غير ممتد الى تفرق
الابدان عندنا حتى انه ينتهي بالقيام عن المجلس وبالذهاب عنه ولو كان
ممتدا اليه لبقي اذا قاما واخذا يمشيان الى جهة واحدة كما يبقى الصرف
وليس كذلك بل القيام عن المجلس دليل الاعراض فينقطع الخيار به وبالذهاب
عن المجلس وان لم يتفرقا بدانهما لا يقال يمكن ان يراد التفرق بالابدان
اعم من ان يكون حقيقة او حكما كما اريد بتفرق الاقوال ذلك حتى ينتهي الخيار
بالقيام وان لم يتفرق الا قوال حقيقة لانا نقول القيام عن المجلس والذهاب
لم يعتبر في حكم تفرق الابدان حتى لا يبطل به الصرف والسلم ولو سلم فلا وجه
لجعل القيام او الذهاب في حكم تفرق الابدان سوى انه دليل الاعراض
كالتفرق البدني فيكون الغاية التي ينقضي به الخيار هو الاعراض معنى
كانه قيل هما بالخيار ما لم يوجد الاعراض والخيار كما ينتهي بالاعراض
ينتهي بالامضاء ايضا فلا وجه لتعرض احد نوعي الغاية دون الاخر اما تفرق
الاقوال فينتظم الغاية بنوعيه اذ تفرق قولهما اما بالامضاء كما لو قال
بعت وقال الاخر اشتريت وقد صرح في حاشية البزدوي انه اذا قال بعت
والمشتري اشتريت فقد تفرقا بذلك القول وبالابطال بان قال بعت
وقال الاخر رددت فكان هو الاحق بالارادة لا سيما عند استواء التفرقين
في احتمال اللفظ حكما حتى جعله الامام فخر الاسلام كالمشترك وعلى تقدير
ان يكون التفرق بالاقوال اختلاف قولهما ردا وقبولا فنقول التفرق
بالاقوال صريح في الرد فجعله غاية اولى من التفرق بالبدن الذي هو دليل
الاعراض لا صريح فيه والتفرق انما صار غاية بمعنى الاعراض على ان دليل
الاعراض غير منحصر على التفرق البدني فلا وجه لجعله اصلا من بين سائر الادلة
وايضا كلا نوعي التفرق بالابدان اعني الحقيقي والحكمي دليلا الاعراض
فلا وجه لجعل الحقيقي اصلا والحاق الحكمي به مع تساويهما في المعنى الذي
به صار غاية وهو كونه دليل الاعراض فكان الحمل على تفرق الاقوال كما هو منقول

عن محمد اولى من حمله على التفرق بالابدان كما هو منقول عن ابي يوسف رح قوله
ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما ويعتبر الاجل المطلق
من حين قبض المبيع حتى لو باع بثمن مؤجل الى سنة فيمنعه البايع حتى مضت
سنة فاجله سنة مستقبلة من حين قبض المبيع لان التاجيل للترفيه وذا
انما يكون عند التضييق بتوجه المطالبة ولا مطالبة قبل القبض فيعتبر الاجل
من حين وقت القبض وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا اجل له بعد سنة
لانه اجله سنة وقد مضت كذا في الكافي في اخر باب المتفرقات فان قلت
ان المشتري يطلب بالثمن ثم يطالب البايع بتسليم المبيع فكان المطالبة قبل
قبض المبيع فما وجه قوله ولا مطالبة قبل القبض قلت كانه اراد لا مطالبة
قبل احضاره للقبض فان المشتري لا يطالب بالثمن الا اذا احضر البايع
المبيع للتسليم والمراد بقوله فاجله سنة مستقبلة من حين القبض يعني
من حين احضاره للقبض فح يندفع التناقض ولكن هذا التاويل يرده ما ذكره
في المحيط بقوله ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التاجيل انما شرع نظرا للمشتري
ليتاخر عنه المطالبة بالثمن مع حصول الانتفاع بالمبيع والتصرف في المبيع
في مدة الاجل ويستفضل لنفسه شيئا وهذا المعنى انما يحصل باعتبار الاجل
من وقت القبض فيجب اعتباره ما امكن فهذا التعليل الصحيح مشعر باشتراط
القبض حقيقة وان احضاره للتسليم لا يكفي للقطع بان ولاية التصرف
لا يستفاد بمجرد الاحضار بل بالقبض والله اعلم قوله لاطلاق قوله تعالى
واحل الله البيع فان قلت قد خص عنه بيع شرط فيه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لانه في معنى الربوا وشرط الاجل كذلك
فينبغي ان يخص عنه ايضا قلت القياس ان كان يقتضي تخصيصه فخبر الواحد
وهو انه عليه السلام اشترى من يهودي ناقة الى اجل ورهنه درعه وانعقاد
الاجماع على جواز البيع بشرط الاجل يمنعانه فتركنا القياس بالخبر والاجماع
فبقي داخلا في قوله تعالى واحل الله البيع قوله لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر
هلاكه قبله وفيه بحث وذلك ان الهلاك لما كان نادرا قبل التسليم
وجب ان يصح بيع المنقول قبل القبض لندرة هلاكه قبله كما يصح بيع العقار
قبل القبض لان الهلاك فيه نادر وسنذكر هذا البحث مع جوابه في فصل
ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول ان شاء الله تعالى قوله ومن باع صبرة طعام
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان قلت
اذا استاجر دارا كل شهر بدرهم جازت الاجارة في الشهر الثاني والثالث
كما جازت في الاول عند ابي حنيفة رض على اختيار بعض الفقهاء فما وجه الفرق

قلت انما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل
الناس من غير نكير ولا تعامل في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم فبقي على القياس قوله
في المجلس لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة فصار العلم في المجلس كالعلم
في حالة العقد واذا افترقا تقرر الفساد لجهالة الثمن فلا ينقلب جائزا
فان قلت اذا كان الفساد بحكم شرط الاجل المجهول وشرط خيار اربعة ايام
ينقلب جايزا اذا رفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس ايضا قلت الفساد
على نوعين لانه اما ان يكون في صلب العقد او خارج العقد والاول ان كان
باعتبار نفس الركن ككون الثمن غير متقوم او زايدا بلا عوض فالعقد لا يعود
الى الجواز اصلا لقوته وان كان باعتبار جهالة الركن لا باعتبار نفسه
فان ازاله في المجلس ينقلب جايزا لانه دون ما يكون باعتبار نفس الركن
واما الثاني فهو كالفساد باعتبار جهالة الاجل وغيره فالعقد ينقلب
جايزا ان ازيل ذلك الفساد قبل تقرره لانه اضعف من قسمي الاول
فظهر الفرق بين المسئلتين وقد يجاب بان الفساد بحكم شرط الاجل
المجهول او خيار اربعة ايام لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع
وامتداد الاجل فينقلب جايزا اذا ازيل الفساد قبل ظهوره فان قلت
لو كان العلم في المجلس كالعلم وقت العقد لما ثبت له الخيار كما لو علم زمان
العقد اجيب بان ما حصل من العلم بعد العقد في المجلس متاخر عن العقد حقيقة
مقارن معه حكما فقلنا ينقلب العقد جائزا اعتبارا لكونه مقارنا وثبت
له الخيار اعتبارا لكونه متاخرا عملا بالاعتبارين جميعا قوله وهما
ان الجهالة بيدهما ازالتها من غير مشقة ومثلها غير مانع كما لو باع بوزن هذا
الحجر ذهبا فان قلت البيع بالرقم فاسد مع ان ازالة الجهالة بيدهما اجيب
بالمنع فان الانسان كثيرا ما لا يعلم الرقم وقيمة المتاع اما عد القفزان والاغنام
فميسر للكل من غير مشقة قوله لتفرق الصفقة فان قلت قد مر في الشاهان
منقولا عن بعض المواضع ان بيان ثمن كل واحد يوجب تفرق الصفقة وان
لم يكرر لفظ البيع وعليه حمل ما في الكتاب من قوله الا اذا بين ثمن كل واحد
لانه صفقات معنى فيكون كل قفيز مبيعا على حياله فلا يتفرق الصفقة بانصراف
البيع الى قفيز واحد على ان تفرق الصفقة انما يلزمه ان لو كان البيع واقعا
على الكل وليس كذلك بل هو واقع على قفيز واحد ابتداء عند ابي حنيفة رحمه الله
صرح بذلك في المحيط حيث قال ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلمة كل اذا
دخلت على ما لا يعلم نهايته يتناول الواحد من تلك الجملة كما في قوله آجرتك
هذه الدار كل شهر وقوله لامرأة غيره كفلت لك عن زوجك نفقة كل شهر

فاذا

فاذا تناول واحدا من تلك الجملة صار بايعا شاة واحدة من القطيع وثوبا
واحدا من الجوالق وذراعا واحدا من الثوب وقفيزا واحدا من الصبرة الا
ان بيع شاة من قطيع وثوب من الجوالق وذراع من الثوب لا يجوز وبيع قفيز
واحد من الصبرة يجوز فكذا هنا ولو سلم فالمشتري لما اقدم على الشراء مع
علمه بانصراف البيع الى قفيز واحد فقد رضي بشراء واحد من القفزان ولا
خيار بيع الرضاء اجيب عن الاول بان تفرق الثمن لا يوجب تفرق العقد على رواية
الزيادات قلنا ان يمنع على انا قد ذكرنا ان ما اشار اليه في الشاهان من ان
تفرق الثمن يوجب تفرق العقد وان اتحد العاقد والعقد نقلا عن بعض المواضع
فلا يكاد يصح لمخالفته روايات الامام التمرتاشي والذخيرة والمحيط فلا بد
وان يحمل ما فيه على ما اذا اختلف العاقد بان كان من احد الجانبين
اثنان او كان من كل جانب اثنان ولو سلم فتفريق الثمن انما يوجب تفرق العقد
اذا كان حكم التفريق يخالف حكم الجمع بان يقول بعتك هذين هذا بمائة
وهذا بمائتين فانه لو قال بعتك هذين بثلثمائة لم يتعين المائة بمقابلة
احدهما والمائتان بمقابلة الاخر بل ينقسم الثمن على قدر قيمتهما فمتى فصل
كان بيان ثمن كل كايجاب على حدة اما اذا لم يكن كان التفصيل لبيان مبلغ
عدد الثمن لا لتجديد الايجاب وفي مسئلة الصبرة لو سمى جميع القفزان
وذكر بمقابلة الكل ثمنا بان يقول مثلا بعتك هذه الصبرة على انها عشرة
اقفزة بعشرة دراهم كان بمقابلة كل قفيز درهم وكان التفصيل بقوله كل قفيز
بدرهم والجمع بمنزلة فلا يكون العقد به متفرقا وعن الثاني ان المراد هو
تفرق الصفقة على ظن المشتري وذلك انه لما اقدم على الشراء فقد ظنه صحيحا
اذ المرء قلما يباشر العقد مع علمه بانه فاسد وهذا ظن في موضع الاجتهاد وهو
معتبر فلما ظهر ان البيع قد انصرف الى قفيز واحد تفرقت الصفقة عليه على ظنه
فيخير لئلا يتضرر فعلى هذا قوله انه لما اقدم على الشراء مع علمه بانصرافه
الى قفيز واحد ممنوع بل هو اقدم عليه على ظن ان البيع صحيح في الكل
ولو سلم انه عالم بانصرافه الى قفيز واحد فالبيع انما ينصرف الى قفيز واحد
اذا لم يعلم مقدار القفزان في المجلس بالتسمية او بالكيل اما اذا علم فالبيع
صحيح في الكل والظاهر ان المشتري انما اقدم على هذا الشراء ظنا منه ان
البايع يسمي جملة القفزان او يكيله في المجلس فيصح البيع في الكل وهو الظاهر
ايضا من البايع فلما لم يسم وحكمنا بانصرافه الى قفيز واحد صار كان البيع
قد انعقد في حق الكل ثم بقي في حق البعض فتفرقت الصفقة بهذا الاعتبار
وبهذا خرج الجواب عن الثالث وقد اجيب عنه في الشرح بالمنع اذ العوام

لاعلم لهم بالمسائل المجتهدة ولكنه يشكل بان المصنف رح جعل الموكل عالما
برجوع الحقوق الى الوكيل وبنى على ذلك ولاية رجوعه على الموكل حيث قال
ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله
مع ان رجوع الحقوق الى الموكل مجتهد فيه فالشافعي رحمه الله لا يقول به
وجوابه سياتيك في الوكالة ان شاء الله تعالى قوله وكذا اذا كيل في المجلس
شرط للجواز ان يعلم العدد في المجلس وبعض مشايخنا قالوا اذا علم العدد
بعد الافتراق ينقلب جايزا ايضا وقال شمس الائمة الحلواني الاصح عندي
ان على قول ابي حنيفة رح لا ينقلب العقد جايزا ولكن ان كان البايع دايما
على الرضاء ورضي به المشتري ينعقد بينهما عقدا ابتداء بالتراضي قوله
لتفرق الصفقة عليه قبل التمام وتمامها يكون بتمام الرضاء والقبض وقيد
بما قبل التمام اذ التفريق بعد تمامها جايز والفرق ان في الحالين ضررا
بالبايع وبالمشتري فيجب دفع الاقوى بتحمل الادنى وقبل التمام ضرر البايع
مثلا في التفريق في القبول او في القبض اقوى لانه ضرر مالي لان ضم
الجيد الى الردي لترويج الكل بثمن الجيد متعارف فلو جاز التفريق فالمشتري
ياخذ الجيد ثم يتعذر على البايع ترويج الردي بثمن الجيد فيكون ضررا
ماليا وضرر المشتري في مجرد بطلان قوله حيث لا يصح قبوله العقد في البعض
او رده فيه وانه دون ابطال المال والقبض شبيه بالعقد فالتفريق فيه
كالتفريق في العقد على ان حق المشتري قبل القبض غير متاكد فلم يعتبر
وكذا ضرر المشتري اذا هلك بعض المبيع قبل القبض في فوات غرضه في شراء
الكل اقوى من ضرر البايع في بطلان حقه في العقد والثمن لان حقه غير متاكد
فاعتبر ضرر المشتري لا ضرر البايع فخيرناه بين اخذ الباقي بحصته والترك
واما بعد التمام فضرر المشتري مثلا برد الكل فيما اذا وجد بالبعض عيبا
اكثر مما يلحق البايع برد البعض لان برد الكل يبطل حق متاكد للمشتري وما
يلحق البايع برد البعض موهوم ربما تهيا له بيع المعيب بثمن السليم او بضمه
الى جيد اخر قوله والقدر ليس بوصف بل هو اصل فلا يكون للمشتري ورد
عليه ما لو اشترى ابريق فضة على انها وزن مائة فاذا هو مائتا درهم يكون الزيادة
فيه للمشتري وجوابه ان الوزن فيما يضره التبعيض كوصف من اوصافه
لانه يوجب نقصانا فيه فصار كالذرع الى هذا اشير في الكافي في باب المهر
ثم القدر انما يعتبر اصلا اذا كان معلوما او مجهولا لم يوجد في المشار اليه
اما اذا كان مجهولا موجودا فيه فهو في حكم الوصف صرح به في الخزانة حيث
قال باع هذه الحنطة على انها اقل من الكر فوجدها اقل جاز وان وجدها اكثر لا

وعن ابي يوسف

وعن ابي يوسف رح انه فاسد في الوجهين لان الاشارة والمقدار متى اجتمعا
في المكيل فالمعقود عليه المقدار وهو مجهول قلنا نعم اذا كان المقدار
معلوما اما اذا كان مجهولا فالمعقود عليه هو المشار اليه متى وجد المقدار
في المشار اليه يجعل المقدار صفة فيه لان المقدار في المكيلات وان كان
اصلا من حيث ان كل قدر يقوم بنفسها والتبعيض لا يوجب عيبا في الباقي
فهو وصف من حيث انه يكثر بكثرة المقدار ويقل بقلتها فاعتبرناه اصلا
متى كان معلوما او مجهولا عدم في المشار اليه ووصفا متى كان مجهولا
وجد في المشار اليه فمتى وجدها اقل من الكر جاز لانه اعتبر وصفا وجهالة
الوصف لا يوجب الفساد وان وجدها اكثر فسد لانه اعتبر اصلا وجهالة
المعقود عليه اذا كان اصلا يوجب فساد العقد والفقه في هذا ان القدر
متى كان اصلا من وجه ووصفا من وجه جعلناه اصلا فيما اذا كان معلوما
لئلا يلزم اثبات استحقاق الزيادة للمشتري بالشك وذلك انه لما اشترى
صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هو احد عشر فاعتبار كون القدر وصفا
يوجب ان يكون الزيادة للمشتري واعتبار كونه اصلا يوجب ان يبقى الزيادة
على ملك البايع فلو اعتبرناه وصفا لزم اثبات الملك في الزيادة للمشتري
وانه لا يثبت بالشك فبالضرورة اعتبرناه اصلا وابقينا الزيادة في ملك
البايع واما اذا كان القدر مجهولا فان عدم في المشار اليه بان اشترى
حنطة مشارا اليها على انها اقل من الكر فاذا هو اكثر فالتخريج فيه ما ذكرناه
في المعلوم انه ان اعتبر وصفا ثبت للمشتري الزيادة وان اعتبر اصلا
بقيت الزيادة على ملك البايع والزيادة لم تكن للمشتري فلا يثبت بالشك
فاعتبرناه اصلا ومتى اعتبرناه اصلا فسد البيع لجهالة القدر وان كان
الوصف المجهول موجودا في المشار اليه فاعتبار كونه وصفا لا يوجب
الاستحقاق للمشتري مع الشك حتى يبطل اعتباره وصفا بل اعتباره
وصفا يوجب صحة العقد واعتباره اصلا يوجب فساده والاصل
في تصرف العاقل التصحيح بقدر الامكان فاعتبرناه وصفا وصححنا العقد
بالقدر الممكن ثم المراد بقوله ليس بوصف انه لا يعطى له حكم الوصف لفوات
بعض لوازمه وهو ازدياد القيمة بزيادته ونقصانها بنقصانه لا انه
ليس بوصف حقيقة حتى يناقض تسميته وصفا فيما مر من قوله وجهالة الوصف
والمراد به القدر قوله الا يرى انه عبارة عن الطول والقصر وهما جهة
في تقوم نفسه وغيره وبزيادتهما يزداد قيمة المذروع وبنقصانهما ينتقص
قيمته فيكون الذرع وصفا قوله لكنه صار اصلا بافراده بالذكر ولكنه يتبع

في الحقيقة فباعتبار انه صار اصلا يقابله الثمن وباعتبار انه تبع يدخل الزايد
في البيع اذا وجد زايدا بخلاف ما اذا اشترى الصبرة على انها مائة قفيز
كل قفيز بدرهم فاذا هو مائة وعشرون قفيزا حيث لا يدخل الزايد في البيع
لانه اصل من كل وجه فلا يتبع غيره وبخلاف ما اذا اشترى عدلا على انه
مائة ثوب فاذا هو اكثر يفسد البيع لان كل ثوب اصل من كل وجه فلا يدخل
في بيع غيره تبعا فيبقى بيع المجهول بجهالة يفضي الى المنازعة لتفاوت الثياب
ثم اعتبار كل ذراع بدرهم من باب افراد الوصف بذكر الثمن مشكل لما سبق
ان الذراع اسم لما يذرع به وهي الحسية المعهودة ثم استعير لمحله وهو
المحل المعين ولا يخفى ان ما يحله الذراع ويذرع به انما هو العين دون الوصف
قوله وان وجدها زائدة فهو بالخيار فان قلت يشكل بما اذا باع عدلا
على انه عشرة اثواب فاذا فيها احد عشر فسد البيع قلت الزيادة ثمه
مفضية الى المنازعة لان كل واحد من الاثواب مختلفة فيقع الاختلاف
في تعيين الثوب الزايد فيصير المزيد عليه مجهولا فيفسد البيع ولا كذلك
هنا كذا في الشاهان واعترض عليه في الحاشية بان التفاوت هنا
ايضا ثابت على ما ذكر المصنف من قوله غير ان بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وجوابه ان الثوب الزايد لا يدخل تحت البيع
لكونه اصلا من كل وجه فيبقى البيع مجهولا بجهالة تفضيه الى المنازعة للتفاوت
في الاثواب بخلاف الذراع الزايد فانه يدخل في البيع لانه وصف حقيقة
وان صار اصلا بافراده بذكر الثمن فلم يكن البيع مجهولا فلا يفسد البيع فالجواب
المذكور مبني على دخول الزايد في البيع وعدم دخوله فيه لا على التفاوت وعدمه
يعرف بالتامل قوله وذلك غير معلوم بخلاف السهم قلت المشاع معلوم
غير متعين كالثلث والمجهول متعين غير معلوم كالذراع وعشرة اذرع
من مائة ذراع عبارة عن عشرة محال متعينة من الدار وهي مجهولة وبيع
المجهول فاسد وعشرة اسهم من مائة سهم اشياء معلومة وان كانت غير متعينة
وبيع المعلوم جايز قوله هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة
وللخصم ان يقول نعم الجهالة باقية على اعتبار الحقيقة اما لو جعل عشرة اذرع
كناية عن عشر الدار مثلا كان تبعا للمشاع فلم يبق الجهالة والاصل في كلام
التصحيح بقدر الامكان وقد امكن بحمله على المجاز عن عشر الدار ونحوه غير ان
المجاز انما يمكن اذا علم جملة الذرعان فيشترط العلم لذلك قوله ولا قبول
يشترط في المعدوم واي لم يشترط القبول هنا في المعدوم لان البايع ما ضم
المعدوم الى الموجود حتى يكون القبول فيه شرطا لانه لا موجب للضم الا الاشتمال

وهي

وهي الى الموجود لا غير بل باع الموجود بظن انه مقدار معين ثم تبين انه لم يكن
ذلك المقدار وبهذا لا يصير جامعا للمعدوم مع الموجود بخلاف مسئلة
الهروي فان المبيع فيها هو الهروي لما ان الاعتبار في مثله للمسمى دون المشار
اليه وقد ضم المروي معه حيث اشار اليهما فصار جامعا للمبيع مع غيره فيفسد
كما لو باع قنا وحرا صفقة وبين ثمن كل واحد قوله ولابي يوسف رحمه الله
انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص
وجوابه ان المنزل منزلة الثوب هو الذراع وهو اسم لمقدار معلوم لا يطلق
على ما دونه فاذا انتقص لا يبقى ذراعا ولا يقابله شيء من الثمن واما الجواب
عن نكتة محمد رحمه الله بان مقابلة النصف بالنصف ضروري وبمثله لا يعتبر
الا يرى انه لو باع ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر
فالزيادة للمشتري مع انه لما قابل العشرة بالعشرة فقد جعل كل درهم بمقابلة
ذراع ولكن هذه المقابلة لما لم يكن قصديا لا يصير به كل ذراع مقصودا
بذكر الثمن حتى لا يقابله شيء منه فغير تام لانا لا نسلم انه لما قابل العشرة
بالعشرة فقد قابل كل ذراع بدرهم لان الذرعان مختلفة بخلاف الاجزاء
الشايعة لكل ذراع فان ما يقابل الذراع من الثمن منقسم عليها بالضرورة
قوله وقيل هذا في الكرباس ونحوها اما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت
جوانبه على انها عشرة اذرع بعشرة فاذا هو احد عشر لا يسلم الزيادة
لانه لا يتعيب بالتبعيض فصار كالمقدارات قلنا ممنوع بل يتعيب بالتبعيض
للقطع بان ذراعا من كرباس اذا قطع ينتقص قيمته بخلاف قفيز من الصبرة
فان قيمته منفردا عن الصبرة مثل قيمته منضما معها فكانه اراد بقوله لا يضره
الفصل المضرة الحاصلة لفوات غرض ضم الجيد مع الردي وهو ترويج الردي
بضمه معه فان هذه المضرة انما يتصور فيما يتفاوت جوانبه اما ما لا يتفاوت
فيه فلا يتصور فيه هذه المضرة على تقدير التفريق فكان في انتفاء هذه
المضرة كالمقدارات فلا اقل من شبهة حرمة الزيادة فيه للمشتري فيحرم
احتياطا او يقال لما اشبه المقدارات من الوجه المذكور وله شبه بغيره
ايضا من حيث انه يتعيب بالتبعيض وينتقص قيمته دار بين ان يكون للمشتري
او يبقى في ملك البايع فلا يدخل في ملك المشتري بالشك ولا يخرج عن ملك
البايع ايضا بالشك والله اعلم فصل قوله لان اسم الدار
يتناول العرصة والبناء في العرف وهذا مشكل اذ لو كان كذلك لما حنث
فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار ودخلها بعد ما صارت صحراء حيث حنث
دل انها لا يتناول البناء عرفا ويجاب بان البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين

لغوا اذا لم يكن داعية الى اليمين فان كانت داعية اليه يعتبر الا يرى ان من حلف لا ياكل هذه الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث ولو حلف لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه لان صفة الصبا غير داعية الى اليمين لان هجران الصبي مهجور شرعا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة وصفة البناء غير داعية الى المنع عن الدخول باليمين فتعلقت اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث بعدم وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا كذا في الكافي قلت صفة البناء داعية الى الشراء لكونها صفة مرغوبة في الدار والاوصاف المرغوبة في المبيع تدعو الى شرائه وهذا اولى من تعليل الشيخ رحمه الله بقوله ان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء لما ستاتيك في الاجارة ان المقصود من البيع ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش دون اجارته فلا يدخل الشرب والطريق في البيع والاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بالشرب والطريق فيدخلان فيها فظهر ان السكنى غير مقصود بالبيع ثم اذا كان الدار انما تشترى للسكنى كما اشار اليه هنا ولا سكنى الا بالطريق وجب ان يدخل الطريق في شراء الدار بلا ذكر والمسئلة بخلافه واذا كان شراء الدار لملك الرقبة فحسب كما اشار اليه ثمه وجب ان لا يدخل البناء في بيع الدار ثم قد يقال اين صفة البناء في لا يدخل هذه الدار واشتريت هذه الدار حتى لا يعتبر في الاول ويعتبر في الثاني نعم لو كان الكلام في لا يدخل واشتريت هذه الدار المبنية لكان لاعتبار صفة البناء او عدم اعتباره وجه ولكن الكلام في اسم الدار فقط وايضا الدار لا تعادى ولا تهجر لذاتها بل لبغض صاحبها الساكن فيها حتى لو قال لا يدخل دار فلان حنث اذا دخل دارا سكنها فلان بملك واجرة او عارية ولو دخل دارا مملوكة غير مسكونة لم يحنث فصار التقدير لا ادخل دارا سكنها فلان بملك واجرة او عارية ولو دخل دارا مملوكة له هذه الدار المسكونة لفلان وصفة السكنى هي الباعثة الى اليمين فلا بد من اعتبارها ومن ضرورة اعتبارها اعتبار صفة البناء اذ لا سكنى بلا بناء اللهم الا على بعض الروايات وهو انه يحنث اذا دخل دارا منسوبة الى فلان بالملك وبالسكنى وايضا لما كان الباعث على الحلف هو سكنى صاحبها والسكنى باعتبار البناء لتعذر السكنى بلا بناء فكان البناء هو الباعث على اليمين واجاب الشيخ المصنف رح عن الشبهة الاولى في الايمان بان صفة البناء متعينة في الدار فجاز ان يراد بحكم العرف بخلاف ما اذا قال لا اكلم رجلا حيث لا يتقيد حلفه برجل عالم او عاقل لتزاحم الصفات

وقد امتنع

وقد امتنع ارادتها بزويرها ولا رجحان للبعض فامتنع الارادة اصلا هذا كلامه وقد يمنع تعين صفة البناء في الدار بقاء فقد يقال دار عامرة وان كان للبناء وصفا لان ما تحقق اسم الدار للعرصة ابتداء فاما بعد ما ادير الحيطان يطلق عليه اسم الدار وان لم يبق فيها بناء والكلام في حالة البقاء **قوله** للقرار الاصل ان ما لم يعلم مدة نهايتها فهو للقرار والتابيد وما لنهايتها غاية معلومة فهو كالمقطوع **قوله** ولا فرق بينهما اذا كان الثمر لا بحال قيمة او لم يكن الى قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين وقد يقال كيف يصح بيعه فيما اذا لم يكن له قيمة وبيع غير المتقوم ليس بجايز كالحبة الا ان يراد بالقيمة ما يتقوم بها الثمار عند كمال الحال وبدو الصلاح فيكون قوله له قيمة او لم تكن في قوة قولنا بدا صلاحها او لم يبد وهو صحيح وبهذا يسقط ما يرى من التناقض بين قوله بحال له قيمة او لم يكن وقوله فيما بعد ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني فان الاول يشعر بعدم التقوم في بعض الاحوال والثاني يشعر بوجوده في جميع الاحوال لان الانتفاع حالا او مآلا ثابت في الاحوال كلها وذا يكفي لثبوت التقوم **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها وقد يقال لو كان الزرع كالمتاع الموضوع في الارض لكان ينبغي ان لا يثبت الملك لصاحب الارض في الزرع النابت بنفسه قبل الاحراز كما لا يثبت في البيض الذي باض الطير في ارضه قبل احرازه وكما لا يثبت في الفرخ الذي فرخت فيها والمسئلة بخلافه فان الزرع النابت بنفسه يدخل في ملك صاحب الارض قبل الاحراز الا ان يقال ابطال الملك البايع الى المشتري اشد من اثبات الملك في المباح فاشترط للاول الاتصال والتبعية من كل وجه واكتفي في الثاني بالاحراز الثابت بالاتصال الخلقي وايضا لو وهب ارضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الارض مع الزرع بحكم الاتصال كشيء واحد فاذا استحق احدهما صار كانه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فيبطل الهبة في الباقي فلو كان الزرع كالمتاع الموضوع في الارض وجب ان لا يبطل الهبة في الارض كما لو وهب ارضا ومتاعا فيها ثم استحق المتاع وايضا لو وهب زرعا او نخلا في الارض دونه او وهب ثمرا في شجر دونه لا يصح وكذا لو وهب الارض دون الزرع او وهب الشجر دون الثمر لا يصح لانه متصل به اتصال خلقة وكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة ولا يتم بدون الاحراز والحيازة فلو كان كالمتاع الموضوع في الارض كما اشار اليه ههنا كان الجواب في هذه المسائل

بخلاف ما ذكر الا ان يقال انه وان كان كالمتاع الموضوع من حيث انه للفصل
فهو متصل به خلقة فلا اقل من شبهة الشيوع في المسائل المذكورة فيمتنع الهبة
احتياطا وايضا يدخل الذرع في رهن الارض بلا تسمية فلو كان كالمتاع
الذي فيها لما دخل كما لا يدخل المتاع في رهن الارض الا ان يقال الذرع
ان كان تابعا فهذه التبعية غير لازمة فمن حيث انه تابع يدخل في رهن
الارض تصحيحا للعقد لانه لو لم يدخل فسد الرهن لمكان الشيوع وشغل العرض
به بخلاف البيع فانه صحيح بدون ان يدخل الذرع فيه فلا حاجة الى دخاله
وهو لم يكن داخلا فلا يدخل بالشك واما المتاع فلا وجه لادخاله في عقد
الرهن وان كان لا يصح بدون دخوله فيه لانه ليس تابعا اصلا قوله فهو
للقطع لا للبقاء فصار في الحكم كالمقطوع المنفصل فان قلت اذا ابتاع ارضا
وعلى نخلها ثمر وقد ذكر الثمر في بيعها فان الشفيع يأخذ الارض والنخيل بثمرها
فلو كان الثمر كالمقطوع المنفصل لم يأخذه الشفيع كالمتاع الموضوع في الدار
اذا اشتراه معها فان الشفيع لا يأخذه قلت الثمر متصل من وجه منفصل
من وجه فمن حيث الاتصال يأخذه الشفيع ومن حيث الانفصال لا يدخل
في البيع من غير ذكر عملا بالشبهين قوله وهناك التسليم واجب ايضا
حتى يترك باجر المثل وتسليم العوض كتسليم المعوض قلت الواجب هو تسليم
رقبة الارض واجر المثل عوض المنفعة فما هو عوضه فتسليمه ليس بواجب
وما وجب تسليمه فالمثل من الاجر ليس بعوضه وغاية ما يمكن ان يقال الاجر
وان كان بمقابلة المنافع انتهاء اى عند وجودها فهو ابتداء بمقابلة
العين المستأجرة على ما عرف ولكن الاجر انما يجعل بمقابلة العين قبل حدوث
المنافع لقيامها مقام المنافع والشئ اذا قام مقام غيره يعطى له حكم ذلك
الغير لا حكم نفسه فكان الاجر في الحقيقة عوضا عن المنافع بعد حدوثها
حقيقة وقبله حكما قوله لان بيعه يجوز في اصح الروايتين وما صح بيعه
منفردا لا يدخل في بيع غيره تبعا الا اذا كان تابعا كالبناء والشجر لانهما
متصلان بالدار والارض اتصال قرار والثمر ليس بتابع لانه للقطع لا للبقاء
فهذ منفصلا كالمتاع الموضوع فلا يدخل في بيع الشجر سواء بيع الشجر مع الارض
او وحده وفيه بحث لان جواز البيع منفردا اذا كان مانعا لدخوله
في بيع الغير وجب ان لا يدخل البناء والشجر في بيع الارض والدار وان عتبر
جزأ وتابعا لان الجزئية والتبعية اذا كان يوجب دخوله في البيع فجواز
بيعه منفردا يوجب ان لا يدخل فيجب ان لا يدخل بالشك الا ان يقال لجواز
البيع منفردا وان كان جهة في عدم دخوله في بيع الغير فهو امر حكمي فلا يعتبر مع الجزئية

التي هي

التي هي جهة حقيقية في عدم دخوله في بيعه ويمكن ان يقال لجواز بيعه دليل
على انه لا يفترق مع ماله قيمة قد بدا صلاحها وهو للبايع فكذا هنا ولو لم يكن
جايز البيع لم يكن للبايع لانه حينئذ كان في حكم المعدوم الذي لم يظهر بعد
وما لم يظهر يكون للمشتري اذا ظهر فكذا هنا او معناه انه اذا لم يكن جايز البيع
لوجب ان يكون للبايع لما ذكرنا انه مستقل من حيث انه معد للفصل فكيف
وفيه جهة اخرى لاستقلاله وهو كونه جايز البيع قوله بمنزلة المتاع اى من كل
وجه والا فغير المجدود من الثمر وغير المحصود من الزرع ايضا بمنزلة المتاع على ما
مر من قوله فصار كالمتاع الموضوع في الدار قوله لانه مال متقوم تصحيح بان
ما لم يبد صلاحه متقوم وقد قال قبله له قيمة او لم تكن وجوابه قد مر قوله وقد
قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها لانه عليه السلام نهى عن بيع المحاصرة وانه
ان يباع الثمار قبل ان يبدو صلاحها وهي خضر ويدخل ايضا في المحاصرة بيع
الرطاب والبقول ونهى عن بيع الثمر قبل ان يزهو وزهوه ان يحمر ويصفر
ونهى عن بيعه قبل ان تشقح والتشقح هو الزهو ومعناه حتى يامن العاهة قوله
والاول اصح لانه مال متقوم لكونه منتفعا في ثاني الحال فصح كبيع الجحش والجحشم
ان يقول انه وان كان منتفعا به في ثاني الحال الا ان يباع بشرط القطع وعند
القطع لا يبقى منتفعا به قوله او هو صفقة في صفقة اتى بكلمة او لوهاني النكتة
الثانية لان اعارة النخل واجارته لا يتحقق لانه باطل والباطل في حكم المعدوم
حتى لا يورث الشبهة كما نص المصنف رح في بعض المواضع من كتابه فلا يكون فيه
صفقة في صفقة على ان الصفقة في الصفقة لا يوجب فسادا الا لان احدى
الصفقتين تصير شرطا فاسدا في الاخرى فلا يتميز عن النكتة الاولى قوله وكذا
اذا تناهى عظمها وباع بشرط الترك عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما
لما قلنا من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما لما فيه من زيادة
جودة وطراوة قوله لانه شرط فيه الجزء المعدوم يعني من مال البايع سوى المبيع
وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ايضا فكانه ضم المعدوم الى الموجود فاشتراهما
فكان باطلا كذا في الحاشية فان قيل يشكل هذا بما اذا اشترى عدلا على انه
عشرة بعشرة دراهم كل ثوب بدرهم فاذا هو تسعة جاز البيع بقدره وله الخيار
وفيه ضم الثوب المعدوم الى الموجود وقد مر وجهه في الكتاب وايضا لو كان
الجزء المعدوم من مال البايع على تقدير وجوده لكان ينبغي ان لا يسلم للمشتري
فيما اذا اشتراها مطلقا وسيأتيك انه يسلم له الا انه يتصدق اذا كان الترك
لا باذن البايع ويطيب له ان كان باذنه وايضا اذا كان الجزء المعدوم سالما
للمشتري عند الوجود اذا اشتراها مطلقا لم يكن اشتراطه لنفسه على خلاف مقتضى العقد

فينبغي ان لا يفسد البيع نعم اشتراط بقائه على النخيل فاسد اما اشتراط
الجزء المعدوم الذى يسلم للمشترى من غير اشتراط فلا اجيب بان قوله
من مال البايع متعلق بالحصول المقدر اى شرط حصول الجزء المعدوم
من مال البايع وليس بصفة على معنى شرط المعدوم الذى هو من مال البايع
فسقطت الشبهة الثانية والثالثة لان الثانية مبنية على ان يكون قوله
من مال البايع صفة وهو ممنوع وان اشتراط الجزء المعدوم لنفسه على تقدير
وجوده ان لم يكن شرطا فاسدا فاشتراط حصوله من مال البايع ببقائه
على الشجر شرط فاسد لا محالة واما الاولى فلان الضم الموجود المعدوم الى الموجود
مفسد غير ان البايع فى مسئلة العدل ما ضم المعدوم اليه بل باع الموجود
بظن انه بقدر معين لكنه تبين انه لم يكن بذلك المقدار وبهذا لا يصير
تابعا للمعدوم قوله لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة اى لعدم
هذا المجموع وذلك ان الاجارة شرعت بخلاف القياس تقضية للحاجة
المتعارفة الغالبة الوقوع فاذا انتفت الحاجة المتعارفة بطلت ويشكل
بان اجارة الكلاء فاسدة لا باطلة حتى يملك الاجر الاجرة وينفذ عتقه
فيها مع انه لا تعارف باستيجار الكلاء ولا حاجة اليه ايضا لانه يوجد
مباحا كما لا حاجة ولا تعارف فى استيجار الشجر فالقول بكون اجارة
الاشجار للثمر باطلة واجارة الكلاء فاسدة مشكل ومسئلة الاجارة
للكلاء مذكورة فى الشرح فى باب البيع الفاسدة عند قوله ولا يجوز بيع
المراعى ولا اجارتها قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة اى لجهالة المدة
فان قلت مثل هذه الجهالة لا يمنع عقد الاجارة الا يرى انه لو انقضت
مدة الاجارة والزرع بقل يترك باجر المثل ويحكم بثبوت عقد الاجارة
الى وقت الادراك مع ان المدة مجهولة قلت الجهالة فى نفسه مفسدة
للاجارة غير ان فى صورة انتهاء مدة الاجارة اثبتنا عقد الاجارة بينهما
باجر المثل دفعا للضرر عن المستاجر لان الزراعة وقع بحقه فلو امرناه
بالقطع اضررناه فتركنا كذلك فى يده باجر المثل رعاية للجانبين واثبتنا
عقد الاجارة لمكان الضرورة ولا ضرورة فيما اذا اشترى الزرع وهو
بقل فلم تتحمل هذه الجهالة فيه قوله ويستثنى منها ارطالا معلومة فيه
اشارة الى ان المستثنى لو كان رطلا واحدا يجوز لانه استثناء القليل
من الكثير بخلاف الارطال لجواز ان لا يكون الا ذلك القدر فيكون
استثناء الكل من الكل كذا فى الحاشية قلت التعليل المذكور فى الكتاب
من قوله لان الباقى بعد الاستثناء مجهول لا يوجب التفرقة بين استثناء الارطال

والرطل

والرطل الواحد لجواز ان يبقى الباقى مجهولا بعد استثناء الرطل الواحد ايضا
اما بمعنى انه هل يبقى شئ بعد الاستثناء ام لا او بمعنى انه مجهول بجهالة مفضية
الى المنازعة فالبايع يسلم الارداء والمشترى يطالب الاجود ثم المصنف رحمه الله
اطلق الرواية ولم يقيد بان البيع فى الثمر على رؤس النخيل او فى ثمر مجذوذ وما
ذكر فى الشرح للطحاوى يدل على ان الحكم فيهما سواء فقال واذا باع الثمر
على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان المستثنى معلوم كما اذا كان
الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا منها يجوز وروى
الحسن بن زياد انه لا يجوز كما قال الطحاوى فى الكتاب قوله لان الباقى
بعد الاستثناء مجهول فيفضى الى المنازعة لان المشترى يطالب بالاجود
والبايع يسلم الارداء كذا فى الحاشية وفيه نظر لان هذا يقتضى
ان لا يصح بيع قفيز من صبرة ايضا لان المشترى يطالب بالاجود والبايع
يسلم الارداء فيفضى الى المنازعة وسيجئ انه جايز الا ان يقال هذا
التعليل المذكور فى الحاشية محمول على ما اذا كانت الثمار مختلطا جيدها
مع رديها وفى هذه الصورة لا نسلم ان بيع قفيز من الصبرة جايز وقيل
معنى الجهالة ان المستثنى منه غير معلوم بقاؤه بعد الاستثناء اى يحتمل
ان يبقى وان لا يبقى قوله لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
يجوز استثناؤه من العقد وفيه بحث لان ايراد عقد البيع على البناء
وايراد عقد الوصية على الخدمة جايز مع ذلك لا يصح استثناء البناء من بيع
الدار ولا استثناء الخدمة من وصية العبد والجارية حتى لو اوصى بجارية
واستثنى خدمتها يصح الوصية ويبطل الاستثناء ويستحق الموصى له الجارية
مع خدمتها واجيب عن فصل البناء فى بعض الحواشى بان الاستثناء تصرف
فى اللفظ والبناء فى الدار يدخل معنى لا لفظا لان الدار فى الحقيقة اسم
للعرصة دون البناء ولهذا يقال دار عامرة ودار غامرة فعدم جواز الاستثناء
بهذا المعنى وفيه نظر لان استثناء الحمل من الجارية صحيح بحكم الاصل
الذى ذكر فى الوصية مع ان الجارية لا تتناول الحمل كتناول الدار البناء على انه
قد سبق ان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فاذا كان متناولا للبناء ينبغى
ان يصح استثناؤه الا ان يقال بان الحمل جزء من الجارية حتى يتغذى بغذائها
ويتنفس بتنفسها ويفصل عنها بالمقراض فكان يتناول اسم الجارية اياه
كتناوله يدها ورجلها فصح استثناؤه لكونه داخلا فيه لفظا كما صح استثناء
اليد منها فى قولهم ضربت الجارية الا يدها غير ان الحمل مما يصح ايراد عقد
الوصية عليه فصح استثناؤه منه بخلاف اليد والرجل اما البناء فليس بجزء

من الدار اصلا فلا يتناوله لفظ الدار اصلا فلا يصح استثناؤه واما ما سبق
من ان اسم الدار يتناول العرصة والبناء فمعناه يتناول العرصة لفظا
والبناء تبعا ولا بد لصحة الاستثناء من التناول لفظا واجيب عن فصل البناء
في الشاهان في كتاب الشفعة بانه انما يجوز ايراد العقد على البناء بشرط القطع
وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز لانه بمنزلة
العين من العبد فلا يصح استثناؤه وفيه نظر لانه لو صح استثناؤه لصح
بشرط القلع ايضا تفريغا لملك المشتري وايراد العقد عليه بشرط القلع
جايز فكذا استثناؤه بذلك الشرط وجوابه ان الاستثناء لو صح لصح
من حيث انه داخل في الدار تبعا للقطع بعدم دخوله فيه قصدا فيكون
الاستثناء على اعتبار كونه تابعا وعلى اعتبار التبعية لا يصح ايراد العقد
عليه ابتداء بل ايراده عليه على اعتبار كونه اصلا بالقلع واما الجواب
عن فصل الخدمة فسياتيك ان شاء الله تعالى ثم الظاهر ان المراد بالاصل
المذكور هو ان كل جزء من الشيء يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا
فلا فلا يرد البناء والخدمة اذ البناء ليس بجزء من الدار اذ هي اسم للعرصة
والبناء وصفها وكذا الخدمة ليست بجزء من الجارية وسياتيك زيادة تحقيق
في باب الوصية قوله وبيع قفيز من صبرة جايز فكذا استثناؤه فان
قلت جواز الاستثناء لا يقتضي ان لا يفسد بمفسد اخر وقد وجد المفسد
هنا وهو احتمال ان لا يوجد الا هذه الارطال المستثناة فيعرى العقد
عن الفائدة او الجهالة المفضية الى المنازعة وهو ما ذكر من ان البايع
يسلم الارداء والمشتري يطالب الاجود اجيب بالالتزام ان الكلام
فيما اذا تيقنا بوجود الباقي بعد الاستثناء وفيما اذا كانت الثمار كلها
جيدة او ردية اما اذا كانت مختلطا جيدها مع رديها فلا نسلم جواز
الاستثناء حينئذ وفيه بحث حيث لا يبقى حينئذ اختلاف بينهم
اذ البيع مع استثناء ارطال معلومة فيما اذا كانت الثمار كلها جيدة او ردية
مع التيقن بوجود الباقي بعد الاستثناء جايز بالاتفاق وفيما اذا كان
الثمار مختلطا جيدها مع رديها او كانت بحيث لا يعلم ببقاء الباقي غير جايز
بالاتفاق ولفظ الكتاب صريح بتحقق الاختلاف اللهم الا ان يجعل
قوله ينبغي الى اخره تنبيها على ان ما ذكر من انه لا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني
منها ارطالا معلومة ليس على اطلاقه قوله مستور بما لا منفعة فيه
احتراز عن القشرة السفلى للجوز واللوز حيث يصح بيعه وان كان مستورا لان
صلاحه في بقائها فيه وكذا بيع الحنطة في سنبلها في قول لان صلاح الحنطة

في ابقائها

في ابقائها فيه حيث لا ياكلها السوس كما عرف في قوله تعالى فذروه في سنبله
قوله فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه قلت بنى الشافعي رح عدم جواز
بيع الجوز في قشره الاول على اشتراط كون المبيع مرئيا بالاحاديث الدالة
فاستوى عنده بيع تراب الصاغة بجنسه او بخلاف جنسه وانه لا يحتاج
الى ان يقيسه على تراب الصاغة اذا بيع بجنسه قوله ولنا ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض
ويأمن العاهة تمسك باخر الحديث وهو قوله حتى يبيض حتى يزهو فانه
يدل على جواز البيع بمجرد الزهو والابيضاض وانه حينئذ يكون في القشر
وكون هذا الحديث متروكا في حكم الصدر بدليل اقوى منه لا يوجب تركه
في حكم الغاية ولا معارض له فيه قوله ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه
في سنبله كالشعير فان قلت بيع الحب في القطن لا يجوز اجيب بان الحب
وان كان موجودا في القطن كالحنطة في سنبلها حقيقة غير موجود اسما
حيث لا يقال له الحب بل يقال له القطن اما اسم الحنطة فيطلق عليه وهي
في سنبلها حقيقة غير موجود فكانت موجودة من كل وجه فصح بيعه اما
الحب في القطن فكونه موجودا حقيقة يقتضي ان يصح بيعه فكونه معدوما
اسما يقتضي ان لا يجوز فقلنا بانه لا يصح بالشك وبالاحتياط اذ الاحتياط
في فساد البيع قوله حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز والظاهر ان الجواز
عند الشافعي غير مسلم ولكنه لما كان جائزا عندنا لم يكن حجة علينا فلا يفيده
القياس عليه اذ الحكم ممنوع عندنا قوله نسخه اذ لا ينتفع بدونه فيه اشارة
الى الفرق بين المفتاح والطريق والشرب وذلك ان الانتفاع بالدار
لا يتوقف على الطريق والشرب وان كان يتوقف منفعة السكنى عليه
والدار تشترى للمنفعة وقد ينتفع به بدون الطريق والشرب بان يشتري
دارا لياخذ بها دارا بجنبها اذا بيعت واخذ الدار التي بجنبها من منافع
ملك الدار وانه لا يتوقف على الشرب والطريق وبخلاف ما اذا استاجر
دارا للسكنى حيث يدخل فيه الطريق والشرب لتوقف منفعة السكنى
عليه فاما المغلاق فلا ينتفع به الا بالمفاتيح فكانت المفاتيح كجزئها فتدخل
بلا ذكر في بيعها واحد زوجي المقراض وان كان مما لا ينتفع به الا بالاخر
ولكن لا يدخل احدهما في بيع الاخر لانعدام التبعية فان كلا منهما مثل الاخر
والشيء انما يدخل في بيع غيره بشرط التبعية ثم هذا التعليل يشعر بان المفتاح
يدخل وان كان منفصلا لتوقف منفعة الاغلاق عليها ولكن ذكر في بعض الحواشي
ان المسئلة موضوعها اذا كانت المفاتيح والاغلاق من الخشب المتصلة بالبناء

وانه يخالف تعليل الكتاب **قوله** نسخة اذ لا ينتفع به بدونه **فان قلت** الطريق
لا يدخل فى بيع الارض واحد زوجى المقراض لا يدخل فى بيع الاخر مع انه لا ينتفع
بالارض الا بالطريق حتى يدخل فى اجارة الارض من غير ذكر ولا ينتفع باحد زوجى
المقراض الا بالاخر **اجيب** بانه قد ينتفع بالارض بدون الطريق بان يأخذ
به ارضا اخرى بالشفعة واحد زوجى المقراض ليس بتابع للاخر حتى يدخل
فى بيعه اذ الشئ انما يدخل فى بيع غيره بشرط التبعية **قوله** لان النقد يكون
بعد التسليم لا بد انه يكون بعد الوزن الذى من تمام التسليم **فان قلت**
الوزن من تمام التسليم بمعنى انه لا يتحقق التسليم الا به لا بمعنى انه من اخر اجزائه
حتى يلزم من تأخر النقد عن الوزن تأخره عن التسليم وذلك لان التسليم عبارة
عن التخلية وهو رفع الموانع عن قبضه والتخلية انما تتصور بعد وزنه فكان
الوزن قبل التخلية بالضرورة فما يكون بعد الوزن لا يلزم ان يكون بعد التخلية
لم لا يجوز ان يكون قبلها بان يزن ثم ينقد ثم يخلى **اجيب** بان هذا بناء على العادة
والمعنى والله اعلم ان النقد يكون بعد التسليم عادة لا بد انه يكون بعد
الوزن فى العادة ولا فصل بين الوزن والتسليم فى العادات فما كان
بعد الوزن عادة يكون بعد التسليم لعدم الفصل بين الوزن والتسليم فى العادة
وقوله والبايع هو المحتاج مقدمة ثانية للدليل اى النقد فى العادة يكون
بعد التسليم وبعده المحتاج الى النقد هو البايع فكان اجرته عليه بالضرورة
لعود منفعته اليه **قوله** لاستوائهما فى التعيين اى فى امر التعيين وجودا
وعدما

باب خيار الشرط

لما ذكر احكام البيع
للعلة التامة وهى العلة اسما ومعنى وحكما شرع فى بيان الناقصة وهى العلة
اسما ومعنى لا حكما اونقول البيع نوعان لازم وغير لازم فاللازم ما لا خيار فيه
بعد وجود شرايطه وغير اللازم ما فيه الخيار والخيار اربعة خيار الشرط
وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين فقدم اللازم لاصالته ثم قدم
خيار الشرط على ساير الخيارات لتقدمه عليها لان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم
وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم وخيار العيب يمنع لزوم الحكم ثم الموانع خمسة
ما يمنع اصل العلة كانقطاع الوتر واضافة البيع الى الحر وما يمنع تمام العلة
كاصابة السهم حايطا واضافة البيع الى مال الغير وما يمنع ابتداء الحكم كدفع
السهم بترس وخيار البايع وما يمنع تمام الحكم كمداوة الجراحة وخيار الرؤية
وما يمنع لزوم الحكم كصيرورة المجروح صاحب فراش متطاولا حتى امن
من الموت وخيار العيب كذا فى الشرح **فان قلت** قد ذكر الاصوليون فى الوجوه
الفاسدة فى بيان ان المعلق بالشرط لا ينعقد سببا ما يخالف المذكور ههنا

حيث قالوا

حيث قالوا ان الشرط حايل بينه وبين المحل فبقى غير مضاف اليه وبدون
الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا كالرمى فانه لا ينعقد سببا للقتل اذا حال
بين السهم والمرمى اليه ترس او حايط فهذا تصريح بان حيلولة الترس يمنع
انعقاد العلة لعدم الاتصال بالمحل وما ذكر الشارح يقتضى ان العلة قد
انعقد ولكن حيلولة الحايط يمنع تمام العلة وحيلولة الترس يمنع ابتداء الحكم
فما وجه التوفيق **قلت** وجهه ما ذكر بعض المحققين ان الرمى يصير علة
فى حق المباشر بمجرد الصدور منه لانه لا يصير جانيا حتى لو رمى الى انسان
خطأ فكفر قبل الوصول اليه يصح وفى حق المحل لا يصير علة قبل الوصول لان المحل
يتأثر عنده لا قبله فما ذكروا فى تقسيم الموانع محمول على طرف المباشر وما فى الوجوه
الفاسدة محمول على طرف المحل **قوله** خيار الشرط جايز مطلقا اى وقت العقد
وبعده وقوله فى البيع احتراز عن السلم والصرف فان شرط الخيار فيهما
غير جايز ومطلق البيع يقع على بيع السلعة بالثمن او بالسلعة فصح الاحتراز عن الصرف
والسلم بلفظ البيع **قوله** وانما جوزناه بخلاف القياس **قلت** قد جوز ابو حنيفة
الخيار فى الخلع من جانب المرأة فلو كان جوازه فى البيع بخلاف القياس لم يثبت
فى غيره بالقياس عليه والدلالة وان كانت تجرى فى ما ثبت بخلاف القياس
ولكن بشرط ان يكون غير المنصوص مثل المنصوص من كل وجه ولا مماثلة بجميع
الوجوه بين البيع والخلع لان احدهما مبادلة المال بالمال يجرى فيه الربح والغبن
دون الاخر **قوله** لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة وانتفت الزيادة
اى بقيت على انتفاء الاصلى وفى بعض الشروح لانه عليه السلام قدره
بثلثة ايام وهذا التقدير لا يمنع النقصان فيمنع الزيادة والا لا يكون للتقدير
فائدة وما نص عليه الشرع لا يخلو عن فائدة **والجواب** عن الاثر انه ليس
فيه بيان انه اجاز خيار الشرط ولعل مراده خيار الرؤية او خيار العيب
وما ذكره محكم فلا يترك بالمحتمل كذا فى الشاهان **واعترض** عليه بان التنصيص
على الشئ لا يقتضى نفى ما عداه وان كان مقرونا بالعدد فلا يكون فى الحديث
دلالة على انتفاء الزيادة فيجوز ان يثبت الزيادة بالاثر على ان قوله ولى الخيار
ثلثة ايام نص الشيخ ابو زكريا ان هذه الزيادة لم يثبت عن النبى عليه السلام
فلا يقوم به الاستدلال وبانه لو حمل الاثر على خيار الرؤية او العيب لم يكن
لقوله الى شهرين فائدة **واجيب** عن الاول بان التنصيص لا يدل على نفى ما عداه
الا اذا دل الدليل وهو ان التقدير الشرعى يمنع الزيادة والنقصان كما
فى الحدود او احدهما كما فى مدة الحيض وهنا لا يمنع النقصان بالاجماع
فيمنع الزيادة والا يلزم خلو التقدير عن الفائدة وعن الاخير بان الى فى قوله

الى شهرين يحتمل ان يكون بمعنى بعد اى اجاز خيار الرؤية او العيب بعد مضى
شهرين من وقت العقد ويحمل على حكاية الفعل كان رجلا اشترى شيئا ورآه
او اطلع على عيب فيه بعد مضى شهرين فاثبت ابن عمر رضى الله عنه له الخيار
بحكم الرؤية او العيب فلا يطلب لقوله شهرين فائدة انما يحتاج الى اخراج الفائدة
له اذا لم يحمل على الفعل بل على الحكم المطلق فتامل وقد اجيب عن الاثر بانه دون
الخبر فلا يعارضه وفيه نظر لان المروى عن الصحابة اذا لم يعقل معناه
فهو كالمروى عن رسول الله عليه السلام يجوز ان يعارضه صرح بذلك المصنف
رحمه الله فى اول كتاب الديات حيث قال وابن مسعود قال بالتغليظ ارباعا
كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به اى اثر ابن مسعود رضى الله عنه كالمرفوع
لكونه غير معقول المعنى فيعارض ما رويناه من الحديث باثر ابن مسعود فهذا
تصريح بان الاثر اذا كان غير معقول المعنى فهو كالخبر يعارض الخبر به وغاية
ما يمكن هنا ان يقال ان الخبر يدل على انتفاء الزيادة لانه عليه السلام قال
اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلثة ايام فقدم من هذا القول عند البيع
وهو للوجوب وهذا القول غير واجب بالاجماع فيصرف الوجوب الى قوله
ثلثة ايام فيجب عليه محافظة هذا العدد على ما عرف فى قوله الحنطة بالحنطة
مثلا بمثل ثم وجوب مراعاة هذا العدد يقتضى انتفاء الزيادة والنقصان
ولكن النقصان جايز بالاجماع ثم لما اقتضى هذا الحديث انتفاء الزيادة
واقتضى الاثر جوازها تعارضا فاخذنا بالاقل المتيقن وهو ثلثة ايام
او رجعنا الى القياس وهو ان شرط الخيار انما جوز لابلاء العذر والثلث
هو المعتبر فيه على ما عرف فى غير موضع وما ذكر الشيخ ابو زكريا من ان هذه
الزيادة وهى قوله ولى الخيار ثلثة ايام ليست بثابتة من النبى عليه السلام
فقد قال ابن التركانى من ان حديث ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين لم اره
فاستوى الحديث والاثر فى التضعيف قوله ولان الفساد باعتبار اليوم
الرابع فان قلت لا نسلم بل باعتبار اشتراط الخيار لنفسه فى اليوم الرابع
وقد وجد الاشتراط فى الحال فلا يتوقف الفساد على وجود اليوم الرابع
اذ المفسد هو اشتراط الخيار فوق ثلثة ايام لا وجود الزيادة اجيب بان
اشتراط الخيار انما يفسد العقد لانه يوجب الخطر والبيع يفسد بالخطر لكن
الخطر فى الايام الثلثة عفو فكان المفسد هو الخطر فى اليوم الرابع ولم يوجد
بعد فلا يفسد لا يقال بل الفساد من حيث انه شرط لا يقتضيه العقد
وهذا الشرط يتحقق بمجرد الاشتراط قبل دخول اليوم الرابع فيجب ان يفسد
قبله لانا نقول بان شرط الخيار قد صار متعارفا والمتعارف من الشرط

ليس بمفسد فلم يبق للفساد وجه الا الخطر وخطر الايام الثلثة عفو فيكون
المفسد هو خطر اليوم الرابع ولا يتحقق قبل وجوده فيتوقف الفساد عليه فهذا
معنى قوله باعتبار اليوم الرابع اى باعتبار الخطر الثابت فى اليوم الرابع
والله اعلم قوله والاصل فيه ان هذا فى معنى شرط الخيار اذ الحاجة مست
الى الانفساخ فان قلت هذه الحاجة تنقضى باشتراط الخيار ثلثة ايام
فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ البيع فى ثلثة ايام حتى يجوز بيعه من غيره اجيب
بالمنع اذ الغرض الذى شرع له هذا النوع من البيع لا يحصل بشرط الخيار
ثلثة ايام حتى يكتفى به وذلك انه شرع لدفع ضرر المماطلة عن النقد والمماطلة
عنه انما يظهر بعد وجوب الثمن وتوجه المطالبة واذا كان الخيار للبايع
فالثمن لا يدخل فى ملكه ان كان عينا ولا يجب على المشترى ان كان دينا فلا يتصور
اشتراط الخيار لاجل الفسخ عند المماطلة فلا تنقضى هذه الحاجة فلا بد
من شرعية هذا النوع من البيع واجيب فى الشرح بان الضرورة باقية
لان على قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يملك الفسخ الا بحضرته وعسى لا يقدر
على الفسخ بحضرته هذا لفظه فان قلت فما الوجه على قول ابى يوسف رحمه الله
وانه يجوز الفسخ فى خيار الشرط بغير محضر منه اجيب بان ابا يوسف
رحمه الله اخذ فى الموضعين اى فى شرط الخيار وهذا النوع من البيع بالنص
ولا يقول بالحاق الثانى بالاول فلا يحتاج على قوله الى بيان الفائدة لان ما
يثبت بالنص واجب القبول سواء عقل معناه اولا نعم يشكل ما ذكر الشارح
بوجهين احدهما ان الحضور انما يشترط للفسخ بالقول اما الفسخ بالفعل
مثل ان يعرضه للبيع او يتصرف فيه تصرف الملاك فلا يتوقف على العلم والحضرة
فيمكن للبايع ان يفسخ البيع فعلا بحكم الخيار اذا لم ينقد المشترى الثمن بغير محضر
منه وجوابه ان الفسخ بالفعل وبما لا يتيسر للبايع اما الفسخ بالقول فيتيسر
على كل حال على انه قد روى عن محمد ما يدل على اشتراط الحضور فى الفسخ بالفعل
ايضا ففى المنتقى عن محمد ان البايع اذا عرض المبيع على البيع لا يبطل خياره
وعلله فقال لان نقضه لا يجوز بغير محضر من المشترى والثانى انه ذكر
فى الفوايد الظهيرية انه اذا لم ينقد الثمن ثلثة ايام يفسد البيع ولا ينفسخ
حتى لو اعتقه المشترى وهو فى يده ينفذ عتقه وان كان فى يد البايع لا ينفذ
فاذا فسد البيع بعدم النقد لم يتمكن للبايع من فسخه الا بحضرة صاحبه عند
ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان حضرة الآخر شرط عندهما للفسخ فى البيع
الفاسد كما فى البيع بشرط الخيار فلا يكون فى هذا البيع فائدة الفسخ بغير محضر
منه عند عدم النقد الا ان يمنع ما ذكر فى الظهيرية على رواية الهداية

فان ظاهر لفظه يقتضي ان ينفسخ العقد بمجرد عدم النقد في ثلثة ايام اويقال
انه في البيع الفاسد ان كان لا يتمكن من الفسخ الا بمحضر من الاخر لكن مدة
الفسخ غير مقدرة فيمكنه الفسخ متى وجده وفي البيع بشرط الخيار مدة الفسخ
مقدرة بثلثة ايام فعساه لا يتمكن من الفسخ بمحضر منه حتى مضت المدة فيلزم
البيع فيتضرر البايع قوله عن المماطلة في الفسخ اي مدافعة المشتري في فسخ
البيع لو لم يشترط الانفساخ عند عدم النقد لاحتاج البايع الى الفسخ
وعند ذلك المشتري ربما يماطل في الفسخ ولا يرضى به فيتضرر البايع باعتبار
عدم استبداده بالفسخ فجوز البيع بهذا الشرط دفعا للضرر من البايع
وتمكينا له من الفسخ ان احتاج اليه قوله فيكون ملحقا به فان قلت
لو سكت ثمة حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع
فانى يكون في معناه قلنا الاعتبار في كون شيء بمعنى اخر لما هو المقصود
منهما لا لمعنى زائد ثم هذا الشرط من جنس المقصود كشرط الخيار لانه
انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلثة بين الفسخ
والاتمام وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع جوز شرط
الخيار لهذا المقصود فالحق به ما هو معناه في ذلك المقصود كذا
في الشرح فان قلت كيف يحصل هذا المقصود بهذا الشرط والبايع
بهذا الشرط لا يتمكن من فسخ البيع في المدة اجيب بان البايع ان لم يتمكن
منه فالمشتري يتمكن منه بان ترك النقد فتركه امارة الفسخ والنقد
امارة الامضاء ولو اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البايع ان رد
الثمن ثلثة ايام فلا بيع بيننا جاز البيع بهذا الشرط ويصير كالبيع بشرط
الخيار للبايع فظهر ان اشتراط الانفساخ على تقدير عدم النقد بمنزلة
شرط الخيار للمشتري واشتراطه على تقدير رد الثمن كشرط الخيار
للبايع فثبت ان المقصود بهذا الشرط ما هو المقصود بشرط الخيار قوله
وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل اي في شرط الخيار بالاثر وهو حديث
ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار في البيع الى شهرين وفي هذا اي في شرط
الانفساخ على تقدير عدم النقد بالقياس او اخذ ابو يوسف في الاصل
اي في ثلثة ايام بالاثر اي باثر ابن عمر رضي الله عنه فانه روي انه باع ناقة
له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بيننا وفي هذا
اي في الزايد على الثلث بالقياس لانه لم يرد فيه نص والقياس يقتضي عدم
الجواز لان هذا بيع وشرط وقد نهي عنه قال الشارح وهذا الوجه اي الوجه
الثاني اولى في تفسير ابي يوسف رحمه الله لانه ذكر في المبسوط في الفرق فقال

ان القياس

ان القياس ما قال زفر فان هذا الشرط ليس في الحكم نظير شرط الخيار
ولكنا تركنا القياس في ثلثة ايام بقول ابن عمر فيما زاد على ذلك اخذنا بالقياس
قلت ولان ابا يوسف اخذ في الموضعين بالنص ولم يجعل شرط الخيار اصلا
لاشتراط الانفساخ على تقدير عدم النقد اذ لو كان الحكم في هذا بالقياس
على خيار الشرط لما اختلف حكمهما عنده فلما لم يكن شرط الخيار ملحقا به على قوله
لا يستقيم تسمية اصلا ولا جرم يكون المراد به هو الثلثة وانما سمي الثلثة
اصلا لاتفاقهم على جوازه قوله لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا تتم
بالخيار فان قلت هذا السبب قد يتم بدون المراضاة كبيع المكره فانه
يتم بالتسليم حتى يملك المبيع ملكا فاسدا عند علمائنا الثلثة ولا مراضاة ثمة اجيب
بالتزام ان بيع المكره ايضا غير تام لفوات المراضاة غير ان عدم المراضاة لما كان
في بيع المكره باعتبار امر خارج لا بنص قايم في العقد اثرت في انعدام وصف
الحكم وهو الصحة ولم تؤثر في اصل الحكم وفي البيع بشرط الخيار عدم
المراضاة بنص قايم في العقد فيكون اقوى من الاول فيؤثر في اصل الحكم
فان قلت قد ذكروا في تقسيم الموانع ان خيار الشرط يمنع ابتداء الحكم
وهو يشير الى انه لا يمنع تمام العلة لانهم ذكروه بمقابلة ما يمنع تمامها وقوله ولا يتم
مع الخيار يدل على انه يمنع تمام العلة اجيب بان المراد بتمام السبب هنا
ان يكون سببا اسما ومعنى وحكما وذا لا يكون الا بالمراضاة ولا مراضاة
مع الخيار فلا يتم السبب معها وما ذكروا في تقسيم الموانع من ان العلة تامة
والخيار يمنع ابتداء الحكم فالمراد به التمام بمعنى انعقاده للحكم قوله لا يجتمع
البدلان في ملك واحد حكما للمعاوضة هذا احتراز عن الضمان في غصب
المدبر حيث اجتمع البدلان هنا في ملك واحد فان الغاصب لو غصب المدبر
وابق من يده يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملكه فكان المدبر
وعوضه وهو الضمان مجتمعين في ملك المدبر ولكن ذلك ضمان جناية لا معاوضة
وانما لم يثبت الملك للغاصب في المدبر صيانة لحق المدبر فانه غير قابل للنقل
من ملك الى ملك وكان ضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي
يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى صح البيع ويجب ان لا يجتمع البدلان في ملك
واحد بحكم المعاوضة كذا في الشرح قلت قد ذكر الامام فخر الاسلام رحمه الله
عليه في ضمان المدبر طريقين احدهما انه يزول عن ملك المولى لكونه مالا مملوكا
تحقيقا لشرط الضمان ولا يدخل في ملك الغاصب صيانة لحقه والثاني
ان ضمان المدبر جعل مقابلا بالفايت وهو اليد دون الرقبة وهذا اي
جعل الضمان مقابلا بتفويت اليد طريق جايز لكن لا يصار اليه عن المقابلة

بالرقبة

الا عند العجز والضرورة فالطريق الاول اى مقابلة الضمان بالرقبة واجب
وهذا اى جعل الضمان مقابلا بقطع اليد جايز كذا فى البزدوى وحواشيه
فما ذكر الشارح ان هناك يجتمع البدلان فى ملك واحد لا يكاد يستقيم على الطريق
الاول لان المدبر على الطريق الاول يخرج عن ملك المدبر فلا يجتمع فى ملكه
المدبر وعوضه ولا على الثانى لان المبدل على الطريق الثانى هو اليد
وهو غير ثابت للمدبر فلا يجتمع البدلان فى ملكه ايضا ثم غاية ما يمكن ان يقال
هنا ان المراد باجتماع البدلين فى ملك واحد ثبوت الملك لاحد المتعاقدين
فى احد البدلين وعدم ثبوت ملك الاخر فى البدل الاخر لان اجتماع البدلين
فى ملك يستلزم ذلك فذكر الملزوم واراد اللازم وذلك ان حمل الكلام
على الحقيقة غير مستقيم فيما اذا كان الثمن دراهم او دنانير لانهما لا يتعينان
فى العقود وما فى ملك المشترى من الدراهم المعينة ليست ببدل لعدم تعينه
فلا يستقيم فى هذه الصورة القول باجتماع البدلين فى ملك على تقدير دخول
المبيع فى ملكه فلا بد وان يراد ما ذكرنا وعلى هذا يصلح قوله حكما للمعاوضة
احترازا عن غصب المدبر لان هناك يثبت الملك لاحدهما دون الاخر غير انه
ضمان جناية لا معاوضة وضمان الجناية للجبر فيستدعى الفوات ونحن نقول
بان المدبر يخرج عن ملكه اما ضمان المعاوضة فيعتمد المساواة ولا مساواة
الا بان يملك كل واحد من المتعاقدين العوض **فان قلت** جاز ان يفوت
المساواة فى عقد المعاوضة اذا وجد دلالة الرضا بفواتها الا يرى انه لو باع
عبدا بخمر يملك العبد بالقبض ولا يملك الخمر لانه لما باعه بخمر مع علمه بانها لا تملك
بالبيع فقد رضى بفوات المساواة كذا هنا لما شرط الخيار للمشترى وحده
مع علمه بان زوال الملك لا الى احد غير معهود فقد رضى بثبوت الملك للمشترى
وعدم ثبوت الملك له فى البدل **اجيب** بانا لا نسلم ان مثله غير معهود فقد
ذكر الامام التمرتاشى رحمه الله انه يجوز ان يخرج الشئ عن ملك انسان ولا يدخل
فى ملك غيره كالتركة المستغرقة بالديون تزول عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك
الورثة **فان قلت** قد صرحوا بان التركة تبقى على حكم ملك الميت عند قيام
الديون عليه لحاجته الى قضائها **اجيب** بانه لو اعتبر الملك الحكمى فذلك موجود
فيما نحن فيه لان المبيع يدخل فى ملك المشترى نظرا الى الدليل وهو البيع
قوله فيفوت النظر **فان قلت** فليثبت الملك للمشترى ولكن لا يجوز الخيار
للمشترى وحده اذا كان المشترى قريبه كما هو مذهب الشافعى رح فانه لا يجوز
شرط الخيار للمشترى وحده اذا كان المشترى يعتق عليه بالملك لان
اثبات الخيار يفضى الى بطلانه **اجيب** بان النص يقتضى جواز اشتراط الخيار مطلقا

ومن ضرورته

ومن ضرورته عدم ثبوت الملك للمشترى وذلك انه لو ثبت له فان لم يجوز ه
اشتراط الخيار له وحده اذا كان المشترى قريبه فذلك خلاف اطلاق النص
والمعنى الذى شرع الخيار له وهو دفع الغبن فانه يحتاج الى دفعه فيما اذا كان
المشترى قريبه ايضا وان جاز لم يفد الخيار فائدته فلا بد من القول بثبوت
الخيار عملا باطلاق النص وتحقيقا لدفع الغبن وبعدم دخول المشترى
فى ملكه تحقيقا لفائدة الخيار نعم لقائل ان يقول الفائدة تطلب فى الاعم
والاغلب لا فى كل جزئى فلا يبالى بفوته فى بعض الصور على الندرة والشذوذ
الا يرى انه لا يتصور فائدة الخيار فيما اذا حلف بعتقه لو اشتراه بان قال
ان اشتريته فهو حر فاشتراه بشرط الخيار فانه يعتق عليه ولا يفيد اشتراط
الخيار كما لا يفيد اذا اشترى قريبه عندهما **قوله** ومنها عتق المشترى
على المشترى اذا كان المشترى قريبا له فى مدة الخيار وقد يقال لا بد للعتق
من ملك متقرر الا يرى ان الوكيل اذا اشترى قريبه لا يعتق عليه بالاتفاق
مع ان الملك يثبت له عند البعض وانما لا يعتق لان ملك الوكيل غير متقرر
لكونه فى حيز الانتقال الى الموكل فينبغى ان لا يعتق القريب على المشترى بالخيار
ايضا لان ملكه غير متقرر وجوابه سيأتى فى الوكالة ان شاء الله تعالى
قوله لانه كالمنشئ للعتق بعد الشراء اى كانه قال بعد الشراء انت حر **فان
قلت** لو كان كالمنشئ للعتق بعد الشراء لعتق ما حلف عليه بالشراء عن الكفارة
قلت انما جعلنا كالمنشئ بطريق الاقتضاء والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
كذا فى الحاشية **او يقال** انه ان كان منشئا للعتق من حيث انه اختاره عند
وجود الشرط بالتعليق السابق فهو غير منشئ له من حيث انه يثبت عند وجود
الشرط جبرا عليه فاعتبرنا معنى الانشاء فى سقوط الخيار ومعنى الجبر فى حق الكفارة
عملا بالجهتين ثم الكفارة لما كانت عبادة وهى لا تتادى الا بالقصد والاختيار
ومبناها على الاحتياط **قلنا** انه لا يتادى بما فيه شبهة الجبر اما سقوط الخيار
فلا يتعلق بالقصد حتى انه يسقط بالعيب ومضى المدة جبرا عليه وليس مبناه
على الاحتياط ايضا فاعتبرنا فيه معنى الانشاء وان كان فيه معنى الجبر من وجه
وفى الشرح جعلناه كالمنشئ ليصح قوله وهو حر اما لا يقع عن الكفارة لان
استحقاق الحرية قد ثبت له وقت اليمين فصار كمن اعتق المدبر او باعه عن الكفارة
فانه لا ينوب عن الكفارة لثبوت استحقاق الحرية قبل هذا اللفظ **وفيه نظر**
اما اولا فلان المحلوف عليه بعتقه اذا استحق الحرية وقت اليمين استحقاق المدبر
اياها لامتنع بيعه وهبته كالمدبر وليس كذلك وهذا لان المعلق بالشرط
لا ينعقد سببا قبل وجود الشرط ولا استحقاق بدون انعقاد السبب

واما ثانيا فلانه لو اعتق المحلوف عليه بعتقه قبل نزول الشرط ناويا
عن كفارته يجوز فلو ثبت له استحقاق العتق وقت اليمين لكان اعتاقه كاعتاق
المدبر عنها والامر بخلافه وجوابه ان المعلق عتقه بالشراء قد استحق
الحرية بالشراء فلا يصح نية الكفارة بشرائه اما المعلق عتقه بدخول الدار
فلا يستحق عتقه الا بالنظر الى الدخول فيصح نية الكفارة باعتاقه قصدا
بخلاف المدبر فانه استحق العتق مطلقا فلا يجوز بيعه وهبته واعتاقه
عن الكفارة قوله وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض يعني اذا ردت
قبل القبض فانه لا يجب قياسا واستحسانا فاما بعده فيجب قياسا لا
استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه غير متقرر كذا في الحاشية المعلمة
بعلامة الشاهان وذكر في شرح الطحاوي وعندهما ان كان الرد
قبل القبض يجب على البايع الاستبراء قياسا واستحسانا وهكذا ذكر
في الكافي واجمعوا ان العقد لو كان تاما ثم فسخ باقالة او غيرها ان كان
قبل القبض فالقياس ان يجب على البايع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب
وان كان بعد القبض فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا قوله
واذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد هذا اما محمول
على ما قبل القبض اي ولدت في مدة الخيار قبل القبض وعلى ان قوله في المدة
ظرف لقوله لا تصير اي اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد في مدة
الخيار وانما اضطررنا الى هذا التكلف لما ان الرواية منصوصة في المبسوط
بقوله ان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده فقد انقطع
خياره لانها تعيبت بالولادة هذا حاصل الشرح ولا يخفى ان جعل قوله
في المدة متعلقا بقوله لا تصير ام ولد بعيد مع ما فيه من الفصل بين العامل
والمعمول بالاجنبي وهو قوله بالنكاح والفصل بينهما بالظرف وان جاز
فلا شك انه خلاف الاصل على انه لا يغني عن الحمل على ما قبل القبض فلا فائدة
فيه وفي الشاهان والولادة وان كانت عيبا في الجارية الا ان هذا عيب
حصل برضاء البايع حيث اقدم على انكاحها فلا يلزم البيع وهذا اذا كانت
الولادة قبل القبض لانها لو ولدت بعده يسقط الخيار ويثبت الملك للمشتري
بالاتفاق وتصير ام ولد له تم لفظه قلت رتب عدم لزوم البيع على كون
الولادة عيبا برضاء البايع فيجب ان لا يلزم بعد القبض ايضا لوجود رضاه
وليس كذلك كيف ورضاه بالعيب لا يربو على تعييبه بفعله والمبيع
اذا انتقص في يد المشتري بفعل البايع نقصانا يسيرا او فاحشا بطل
خياره ولزم البيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا ان يقال الولادة ليست عيبا

عما يتوهم

عما يتوهم وروده وهو ان الايلاد بالنكاح تعييب من المشتري وتعييبه قبل
القبض او بعده يسقط الخيار بالاتفاق وتقرير الجواب انه ان كان تعييبا من المشتري
فهو تعييب منه برضا البايع حيث اقدم على انكاحها فكانه تعييب من البايع
ولو عيبها قبل القبض بنفسه لا يسقط خياره فكذا تعييب المشتري برضاه ولكن
هذا غير مستقيم لانه لو فقأ عينها او قطع يدها برضا البايع لزم البيع فعلم ان
ان رضاه بالتعييب لا يؤثر في عدم لزوم البيع بل الجواب ان الولادة وان
كانت تعييبا فتعييبه انما يوجب لزوم البيع من حيث انه استيلاد فيصير به
قابضا وحدوث العيب بعد القبض يمنع الرد والولادة باستيلاد انما هي حدوث
عيب فلا يلزم به البيع قبل القبض ويلزم بعده قوله ثم اودعه عند البايع
فهلك في يده في المدة التقييد بقوله في المدة اتفاقي اذ الحكم لا يختلف
بالهلاك في المدة وبعدها فعنده لو هلك في المدة او بعدها يهلك من مال البايع
وعندهما من مال المشتري الا ان يقال قوله في المدة متعلق بقوله اودعه
لا بقوله هلك او يحمل الكلام على حذف المعطوف اي في المدة او بعدها قوله
لانه ملكه عندهما وفيه نوع تساهل لما عرفت ان العبد لا يملك لانعدام
اهلية الملك له بل المولى يملكه ابتداء خلافة عنه وذلك ان السبب لما كان
ينعقد لاجله فكان الملك ثبت له والمراد بقوله ملكه ملك التصرف يدا لا
رقبة قوله كان الرد تمليكا بغير عوض فيه نوع اشتباه لما ان الرد بحكم
خيار الشرط فسخ للعقد من الاصل فيعود الى قديم ملك البايع وهذا ليس
من التمليك في شيء ثم الرد بعد ما ملك لو كان تمليكا وجب ان لا يملك
رد الخمر اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض وسياتيك في متفرقات الرهن انه
لو باع عصيرا فتخمر قبل القبض بقي البيع ويتخير المشتري لتغير وصف المبيع فصار
كما اذا تعيب وذلك ان العصير يملك بالشرى ثم بالتخمر لا يبطل الملك مع انه يتخير
ان شاء رد وان شاء امسك فلو كان الرد بعد الملك تمليكا لم يصح رد الخمر
بعد ما ملكها اذ المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها قوله لانه ملكها فلا
يملك ردها يشكل بمسئلة تخمر العصير المشتري قبل القبض على ما ذكرنا
اللهم الا ان يمنع بقاء العقد بعد التخمر كما ذكر في بعض مواضع الكافي والكشف
اما على تقدير التسليم كما هو رواية كتاب الرهن فالامر مشكل قوله انه
تصرف في حق غيره فان قلت فيجب ان يشترط رضاه ايضا اذ التصرف
في حق الغير كما لا يجوز بغير علمه لا يجوز بغير رضاه ايضا اجيب بان اشتراط
الرضاء يوجب الضرر بمنزلة الخيار ويرفع فائدة اشتراط الخيار وبانه تصرف
في حق نفسه من وجه وفي حق غيره من وجه فاشترط علمه ولا يشترط رضاه

عملا بالاعتبارين قوله فان فسخ لم يجز قلنا هذا اذا كان الفسخ بالقول
اما اذا كان بالفعل كما لو اعتق المبيع او وهب او آجر فلا يتوقف على العلم وذلك
انه لا بد من نفاذ هذه التصرفات لمصادفته ملك البايع ومن ضرورة نفاذها
انفساخ العقد والضرورات لا مرد لها فيجب القول بثبوتها وان كان فيه
احتمال الضرر لصاحبه اذ الضرر انما يجب دفعه اذا امكن كما في الفسخ بالقول
اما اذا لم يمكن كان متحملا بالضرورة هذا وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله انه
اذا عرض المبيع للبيع لا ينفسخ البيع لان دلالة الفسخ لا يربو على حقيقته
وحقيقته لا يفسخ بدون علم صاحبه فبدلالته اولى قوله ولا يعرى عن المضرة
لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك
فيما اذا كان الخيار للبايع فان قيل لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا
وهو ان يختفي الذي ليس من جانبه الخيار حتى يمضي مدة الخيار فيلزم العقد
شاء او ابى فيتضرر من له الخيار قلنا هذا الضرر انما لزم من جانبه بتقصيره
باخذ الكفيل لا من صاحبه فكان ضررا مرضيا بخلاف ما نحن فيه كذا في الشرح
فان قلت اخذ الكفيل ايضا لا يفيد لاحتمال ان يختفي من الكفيل ايضا فلا
يتمكن الكفيل من احضاره في المدة فيلزم البيع شاء او ابى قلت لم يرد به
الكفيل بالنفس بل اراد به ما ذكر في المحيط بقوله قال هشام لمحمد رحمهما الله
اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام فاختفى منه البايع كيف يصنع المشتري
قال ان اراد ان يستوثق ينبغي ان يقول للبايع حتى يقيم له كفيلا ممن يحب
المشتري وبرضاه ان رد البيع ونقضه بخياره فرده يكون عليه جايزا
وذكر في المحيط في موضع اخر قال هشام سألت محمدا عن رجل باع دارا
على انه بالخيار ثلثة ايام فتوارى المشتري في بيته اراد ان يمضي الثلث
فيجب له البيع هل يؤخذ في هذا بالاعذار قال نعم ابعث اليه من يعذره
فان ظهر والا ابطلت خياره الا ان يجيء في الثلث قلت فان لم يأت
الخصم حتى كان اخر الثلثة الايام اتاك في وقت لا تستطيع ان تبعث اليه
من قبلك الاعذار فسألك ان تبطل الخيار عليه قال لا افعل ذلك قلت
فان قال الخصم اني قد اعذرت اليه واشهدت فاختفى مني فاشهد لي بذلك
قال اقول اشهدوا ان هذا قد زعم انه قد اعذر الى صاحبه في الايام الثلثة
كان يأتيه كل يوم فيعذر اليه فيختفي منه فان كان الامر كما قال فقد ابطلت
عليه الخيار تم لفظه فاذا امكن لمن له الخيار ان يرافع الامر الى القاضي
ويدفع الضرر عن نفسه على هذا الوجه كان اشتراط العلم والحضرة سببا
لدفع الضرر البتة نعم لو لم يرافع الامر الى القاضي الى اخر الايام الثلثة

بحيث

بحيث لم يتمكن القاضي في تلك المدة من الاعذار اليه لزمه ضرر بتقصيره فيكون
ضررا مرضيا ثم قد يقال لا ضرر لمن له الخيار عند غيبة صاحبه بلزوم البيع
عليه جبرا لتمكنه من الفسخ بالفعل وهو لا يتوقف على العلم ولكن هذا انما
يتأتى اذا كان الخيار للبايع اذ المشتري لا يمكنه فسخ البيع بالفعل قوله فيما
اذا كان الخيار للبايع وقد يقال هذا الضرر انما يلحق المشتري فيما اذا كان
البايع بالخيار واذا كان المشتري قد قبضه فاما اذا لم يقبضه فليس هنالك
هذا الضرر اجيب بان الضرر غير منحصر على ما ذكر فبطلان تصرفه من الاعتاق
والتدبير نوع من الضرر والمشتري فيما يعتمد تمام البيع فيعتق المبيع عن كفارته
او ظهاره فلو صح الفسخ بلا علم منه ظهر بطلان تصرفه اذا ثبت ان البايع
كان قد فسخ البيع وفيه ضرر على ما لا يخفى قوله ولنا ان الخيار ليس الا
مشية وارادة ولا يتصور انتقاله فان قيل قال عليه السلام من ترك مالا
او حقا فلورثته والخيار حق فيجب ان يورث قيل المراد بالحق هنا هو الحق
الذي يقبل الانتقال كخيار العيب والتعيين كذا في الشرح وفيه نظر لان
خيار العيب والتعيين لا يقبل الانتقال كيف والخيار مشية وارادة ولا يتصور
انتقاله واما ثبوت هذين الخيارين للوارث فليس بطريق الانتقال بل بطريق
الابتداء كما سيجيء تحقيقه فلا يستقيم قوله كخيار العيب والتعيين تمثيلا
للحق الذي يقبل الانتقال ثم الظاهر في تقرير الجواب ان يقال ان النبي
عليه السلام جعل للورثة ما ترك من الحق وقد دللنا على ان الخيار لا يحتمل
الترك حيث لا يحتمل البقاء بعد موته فلا يتناوله النص ثم قال الشارح
فان قيل قد يثبت الحق ارثا من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل
الحق اليه كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه قلنا لا ينتقل
بل يثبت ابتداء لتشفي الصدور ولا يمكن ان يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار
يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط فلا يثبت في حقه اما
تشفي الصدر فامر يشتمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان
الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من هو اقرب اليه لعلة
كانت ثابتة للخلافة قبل موت المورث تم لفظه قلت هذا يناقض ما ذكره
المصنف رح في الجنايات من قوله فان عفى احد الشركاء من الدم او صالح
من نصيبه على عوض سقط عن الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية
واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي
رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب
لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي

من عقيل زوجها اشيم ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات
احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة واذا
ثبت هذا للجميع فكل واحد منهم تمكن من الاستيفاء والاسقاط صلحا وعفوا ومن ضرورة
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى الى هنا
لفظه فقوله حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين
الصلبى وابن الابن فصريح بانه اذا مات ولى القصاص ثبت القصاص لوارثه
على سبيل الانتقال والوراثة دون الابتداء بعلة كانت ثابتة للخلفية
قبل موت المورث اذ لو كان الثبوت بطريق الابتداء لكان ينبغى ان لا يثبت
القصاص لابن الابن مع وجود الابن لتقدمه عليه كما لا يثبت ولاية التزويج
للابعد مع الاقرب وهكذا ذكر في الذخيرة في الفصل السابع من كتابات
الجنايات حيث قال والاصل قوله عليه السلام من ترك مالا او حقا فلورثته
ولم يفصل والمعنى فيه ان القصاص يجرى فيه الارث فيرثه الرجال من ورثته
قياسا على سائر الحقوق التى يجرى فيها الارث وبيان انه يجرى فيه الارث
ان المقتول اذا مات وترك ابنين صلبيين وصار القصاص بينهما ثم اذا مات
احدهما وترك ابنا فما كان للميت الثانى يتحول الى ابنه بخلاف فصل الولاء فان
الولاء مما لا يجرى فيه الارث حتى ان المعتق اذا مات وترك ابنين ثم مات
احدهما وترك ابنا فان ما كان للميت الثانى لا يصير لابنه بل يكون جميع الولاء
للابن الباقى من ابنى الميت الاول هذا كلامه فثبت بهذه الروايات ان
ما ذكره الشارح محل تأمل ثم يجوز ان يقال ان القصاص مما يورث لانه
في معنى ملك العين لانه يملك به اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين
عند الناس فان الانسان لا يملك بشراء الطعام الا الاتلاف وهو الاكل
فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث
في حق استيفاء القصاص كذا في الجامع الصغير ذكره الشارح في باب حد القذف
وبه يشعر قول المصنف في الصلح ان القصاص ملك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض
عنه قوله بخلاف خيار العيب توضيحه ان الخيار في مسئلتنا هو الحكم الاصلى
وحكمه راجع الى العاقد فلا يبقى الحكم بدون اصله وفي العيب الحكم الاصلى
بالمبيع صفة سلامة استحقها المشترى وحكمه عند عدمها اثبات الخيار
لمالك المبيع فاوجب للوارث لما قام مقامه في ملكه كانه هو لقيامه مقامه
في السبب الا يرى ان الوكيل بالشرى اذا اشترى على انه بالخيار لم يثبت
للموكل بثبوت الملك وكذلك خيار الرؤية لا يورث عندنا ولكنه لما ثبت
للمشترى لانه ملك المبيع مجهول الوصف لعدم الرؤية والوارث بعد موته

قايم مقامه كان نايبا عنه في الملك كانه هو وكذلك اذا اشترى احد الثوبين
على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء بعشرة دراهم فمات لم يورث الخيار بالشرط
وسقط بالموت ولكن ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين ضمنا
الاصل ان خيار الفسخ متى يثبت بوصف ثابت للمبيع ثبت للوارث لانتقال
المبيع اليه بوصفه فيثبت له خيار مبتداء لا موروث كخيار الاقالة ومتى ثبت
الخيار اصلا بالشرط او بصفقة لم يتعد حكمه الى المبيع صح وانقطع بالموت
وارتفع حكمه لان نفسه لا يورث وهو علته فكذلك حكمه لم يورث ولهذا
نقول ان خيار الشفعة لم لانه مشية للشفيع بين ان يأخذ المبيع وان يدعه
بملك كان له عند الشرى الا بالقايم عند الاخذ والخيار لا يورث على ما مر
والملك القايم عند الشرى لم يصر للوارث وانما صار له ما بقى بعد موته
قوله لاختلاط ملكه بملك الغير وهذا لان الملك يثبت للوارث ابتداء
خلفا من المورث لبطلان اهلية الملك للمورث فلا يبقى ملكه الا فيما
ينقضى به حاجته ومعنى ثبوت الملك بطريق الخلافة ان يثبت الملك له ابتداء
خلفا عن الميت لانه يقوم مقامه وقد بطلت اهلية الملك للمورث فينتقل
اليه فيثبت الملك للوارث ابتداء خلافة عنه وصار كالوكيل بالشراء
اذا اشترى يثبت الملك للموكل ابتداء خلفا عنه اى بدلا عنه كذا في الحاشية
وفيه نظر لما قد تقرر من الفرق بين الوراثة والخلافة فالوراثة ان يثبت
الحق للورثة بطريق الانتقال من المورث بعد ما كان ثابتا له حتى ينتصب
احد الورثة خصما عن الباقين والخلافة ان يثبت الحق للخليفة ابتداء
حتى لا ينتصب احد الخلفاء خصما عن الاخر ولهذا اختلف ابو حنيفة
وصاحباه فيمن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغايب هل يعيد البينة فوقع عند ابى حنيفة نوان طريق القصاص
طريق الخلافة والاثبات ابتداء فلا ينتصب احدهما خصما عن الاخر بغير انابة
وتوكيل كما في سائر الحقوق فيعيد البينة بعد حضوره ووقع عندهما ان
طريقه طريق الوراثة كالدين فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين
وسيأتيك تحقيقه في الجنايات فظهر ان ما ذكر في الحاشية من ان ملك
الوارث يثبت ابتداء خلافة غير ظاهر الصحة ثم في قوله لاختلاط ملكه
بملك الغير بحث اما اولا فلان الاختلاط يقتضى ان يشتركا فيه كما لو اشترى
ثمار البستان مطلقا فاثمرت ثمرا اخر بعد القبض فان هناك يشتركان فيه
للاختلاط ولا يثبت الخيار للمشترى في التعيين كذا ههنا واما ثانيا
فلان الخيار لو كان للمشترى باعتبار الاختلاط لكان البايع بالخيار ايضا

لان ملكه ايضا مختلط بملك المشترى وليس له الخيار وجوابه ان الاختلاط
انما يوجب الاشتراك عند تعذر التمييز ولا تعذر ههنا لتمكن الوارث القايم
مقام المشترى من التعيين لا بطريق ان الخيار يورث بل باعتبار ان الخيار
قد ثبت للمورث بالشرط ليتمكن من تمييز المبيع المختلط بغيره والوارث قايم
مقامه فى تملك المبيع مختلطا بغيره فكان الشرط فى حق المورث شرطا
فى حق الوارث لقيامه مقامه بخلاف خيار الشرط فانه ما ثبت لوصف
فى المبيع حتى يثبت فى حق الوارث القايم مقامه فى ملك المبيع بل لمعنى يرجع
الى العاقد من عدم الاهتداء الى البيع ودفع الغبن والوارث لا يقوم مقامه
فى هذا المعنى فلا يثبت ذلك الشرط فى حقه فلو ثبت الخيار لثبت بطريق
الانتقال والوراثة وانه لا يقبل هذا الوصف وبهذا التقدير يسقط الشبهات
فتأمل وفيه بحث لما سيأتيك ان خيار التعيين لا يتوقف فى حق الوارث
فلو كان ثبوته فى حقه بحكم ان الشرط فى حق مورثه شرط فى حق الوارث
على ما قررت ليوقت فى حقه ايضا كما يوقت فى حق المورث قوله لان الخيار
من مواجب العقد واحكامه فان قلت فينبغى ان يثبت فى البيع من غير اشتراط
كسائر مواجبه اجيب بان معناه ان الخيار لو شرط فى العقد يصير حقا
من حقوقه وواجبا من واجباته لا انه من مواجبه قبل الشرط حتى يثبت
بدونه قوله ولنا الخ فان قلت قد يثبت من حقوق العقد لغير العاقد
ما لا يثبت للعاقد الا يرى ان الملك يثبت للمولى بشراء العبد المأذون وللموكل
بشراء الوكيل ولا يثبت الملك للعبد ولا للوكيل فى الصحيح مع ان الملك من امور
حقوق العقد ومواجبه لكونه موضوعا له فلما ثبت النيابة فيه لغيره من غير
ان يثبت للعاقد فلان يثبت فى غيره مما لم يوضع العقد له اولى فليثبت الخيار
ايضا لغير العاقد من غير ان يثبت للعاقد كالملك قلت نعم لكن اذا كان ثبوت
الحق لغير العاقد بطريق الخلافة عن العاقد جبرا من الشرع بان تعذر ثبوته
للعاقد فيخلفه من هو اقرب الناس اليه كالمولى والموكل فاما اذا كان ثبوته
لغيره بطريق الانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد وان يثبت اولا للعاقد
ثم لغيره اذ لا يتصور التسليط على تصرف الا ممن يملك ذلك التصرف الا يرى
ان التوكيل لما كان انابة لا يصح الا فيما يملكه الموكل والخيار انما يثبت لغير العاقد
بانابة من العاقد وتسليط منه فلا بد وان يثبت اولا للعاقد ليصح منه
تسليط غيره عليه وذلك لانه لا معنى للخيار سوى ولاية الفسخ والامضاء واثبات
هذه الولاية لغيره فرع ثبوته لنفسه فاذا اثبت لغيره اقتضى ذلك ثبوته له فيجب
القول بثبوته له ثم لغيره وهو المطلوب نعم يشكل بان شرط الخيار لا يثبت

الا بالشرط

الا بالشرط ومن ههنا سمى شرط الخيار والشرط من حيث انه يتعلق بالكلام
امر حسى ولا يثبت بالاقتضاء الا ما كان من الامور الحكمية الا يرى ان القبض
فى الهبة لا يثبت مقتضى لانه حسى فكذا شرط الخيار الا ان جوابه ان حاصل
شرط الخيار انما هو اثبات ولاية الفسخ والامضاء وهذه الولاية ربما
تثبت شرعا من غير ان يكون هناك لفظ يدل على ثبوته فيثبت هذه الولاية
للعاقد مقتضى اثباتها لغيره قوله فيقدم الخيار له اقتضاء فان قيل جعل
هنا الخيار الذى هو اصل ثابتا بالاقتضاء ومن شرط المقتضى ان يكون احط
رتبة من المقتضى الذى هو المذكور اجيب بان المراد بالاصل الذى لا يثبت
اقتضاء هو ما لا يحتمل ان يتقدر بقدر الضرورة بحيث لا يظهر فيما وراء تصحيح
المذكور ويسقط بسقوطه وبالتبع ما يحتمله ويسقط بسقوط المذكور وذلك
ان المقتضى ضرورى فلا بد وان يكون تبعا بهذا المعنى فالامر بالايمان لا يثبت
مقتضى الامر بالعبادات لانه لا يحتمل السقوط بسقوط العبادات وكذا
التحرير لا يثبت مقتضى الامر بالتكفير بالمال لانه لا يحتمل ان يتقدر بقدر
الضرورة بحيث يظهر فى حق صحة التكفير ويبقى منعدما فيما وراءه وكذا
لا يحتمل السقوط عند سقوطه وخيار العاقد يحتمل ان يثبت بحيث يسقط
بسقوط خيار الغير فيصلح مقتضى وقد يجاب بان الاصل هو ما يكون ركنا
للمذكور او شرطا للاهلية كالايمان فانه لا يثبت بالامر بالعبادات
اقتضاء لان اهلية العبادات لا تثبت الا به وكذا الحرية لا تثبت بالامر
بالتكفير بالمال فيما اذا قال لعبده كفر يمينك بالمال لان اهلية العبادات
التكفير بالمال انما يكون بالحرية والمراد بالتبع الذى يثبت مقتضى هو ما
لا يكون ركنا ولا شرطيا اصليا يتوقف عليه الاهلية بل يكون امرا زائدا
كالملك للاعتاق اذ ليس هو ركنا للاعتاق ولا انه يتوقف عليه اهلية
الاعتاق اذا ثبت هذا نقول ثبوت الخيار للغير على سبيل النيابة يتوقف
على ثبوت الخيار للعاقد توقف الاعتاق على الملك لا توقف التكفير
بالمال على الحرية لان اهلية الخيار للنايب لا يثبت بخيار المنوب بل الاهلية
ثابتة له قبل ثبوت الخيار ولكن خيار الشرط للعاقد شرط لثبوت الخيار
لغيره على سبيل النيابة والشروط تثبت بالاقتضاء وفيه نظر لان البيع
لا يثبت مقتضى فى قولنا كاتب عبدك عنى بالف مع انه ليس ركنا للكتابة
ولا شرطا لاهليتها فالمراد بكون المقتضى تابعا هو ما ذكرنا والبيع لا يحتمل
ان يثبت فى ضمن الكتابة بحيث يبطل ببطلان الكتابة عند العجز ويتقدر بقدرها
فلا يثبت مقتضى بها واجاب الشارح بان الاصالة قد تثبت لغير العاقد

من حيث ان شرط الخيار لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد اصل في اللفظ
لانه تثبت له الخيار باللفظ قصدا فاستوى مع العاقد فجاز ان يثبت خيار
العاقد اقتضاء اما الحرية فليس من خواص اللفظ لثبوتها في شراء القريب
وارثه بدون اللفظ فكان الحرية خالية عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن
ماهو تبع **وفيه نظر** لان شرط الخيار لما كان بحيث لا يثبت بدون اللفظ
كان اللفظ من لوازمه كالقبض في الهبة والالفاظ امر حسي لا يمكن اثباته
اقتضاء فاذا تعذر تقدير اللفظ اقتضاء تعذر تقدير شرط الخيار للعاقد
ايضا اذ الشيء لا يثبت بدون لوازمه التي لا تنفك عنه لا يقال انه لم يرد
ان شرط الخيار لا يثبت الا بوجود اللفظ في حق من يثبت له بل اراد انه لا بد
من اللفظ الدال على ثبوت الخيار اعم من ان يكون ذلك اللفظ في حقه او
في حق غيره بخلاف الحرية فانها قد تثبت من غير لفظ دال عليه كارث القريب
وشرائه لانا نقول متى لم يتوقف الخيار على ثبوت اللفظ في حق من له الخيار
لم يكن من يثبت له اللفظ اصلا وايضا الشارح اثبت الاستواء بين العاقد
وغيره وهذا لا يدفع الاعتراض بان شرط المقتضى ان يكون احط رتبة
من المذكور لا يقال بان التبعية من وجه يكفي والعاقد تابع من حيث اللفظ
لانا نقول ان الاصالة من وجه يمنع ثبوته اقتضاء فلا يثبت بالاقتضاء
عند الشك وايضا الخيار قد يثبت للعاقد بدون اللفظ كما اذا تفرقت
الصفقة عليه او علم بقدر المبيع في المجلس بعد ان لم يكن عالما فصار كالحرية
قوله وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج
ذلك مما اذا باع الى اخره **قلت** ذكر ابن سماعة رح وفي الرقيات انه كتب
الى محمد بن الحسن ارايت رجلا مات وباع رجل من تركته متاعا فخاصمت
ورثته بعد ذلك الى قاض فاقام الرجل البينة ان فلانا القاضي اجاز جميع ما
باع فلان من تركة فلان واقامت الورثة البينة ان ذلك القاضي ابطل جميع ما باع
فلان من تركة فلان والقاضي واحد ولم يوقت البينتان او وقتتا وقتا
واحدا فقال محمد رح اذا لم يعلم ايهما اول فالنقض اولى وان اقاما البينة
على النقض والاجازة من قاضيين فالنقض اولى اذا لم يدر اي الوقتين اول
كذا في الذخيرة في الفصل الثامن من كتاب الدعوى وهو يدل على ان المعتبر عند
محمد هو تصرف النقض لا كما زعم هذا القائل واما مسئلة الوكيل والموكل
فانهما يصلح دليلا على ان محمدا رح يعتبر تصرف الاصل نقضا كان او اجازة
وفي مسئلتنا استوى العاقد مع غيره فالعاقد اصل من حيث ان الخيار يثبت
لغيره نيابة عنه وغيره اصل من حيث ان الخيار يثبت له قصدا وباللفظ

والعاقد قد يثبت اقتضاء وبالضرورة **قوله** فمحمد رح يعتبر تصرف الموكل وقد
لا يلزم من ترجيح تصرف الموكل الذي هو الاصل من كل وجه ان يترجح عنده
تصرف العاقد الذي هو اصل من حيث ان غيره يستفيد الولاية منه وتبع
من حيث ان الخيار يثبت له بالاقتضاء والمقتضى تابع للمقتضي **قوله** وابو يوسف
يعتبرهما فعلم ان تصرف الاصل لا يترجح عنده على تصرف النائب غير ان التصرفين
في مسئلة الوكالة لما يستويان فيعتبر كلاهما وهنا تصرف الفسخ اقوى من الاجازة
فيعتبر الراجح من التصرف **قوله** لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد
انما قال كالخارج لانه داخل في العقد حقيقة لما عرف ان شرط الخيار يمنع
الحكم دون السبب **قوله** اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم اي الخيار
يمنع ثبوت الحكم والمقصود هو الحكم دون السبب فالخارج عن الحكم الذي
هو المقصود كالخارج عن السبب لكونه غير مقصود **قوله** فبقي الداخل فيه
اي في العقد احدهما وهو من لا خيار فيه ويكون الاخر وهو الذي فيه الخيار
كالمستثنى عن العقد كانه باع العبدين بثمن واحد واستثنى احدهما بحصة
من الثمن فبقي الداخل في العقد احدهما بحصة من الثمن فيلزم جهالة المبيع
والثمن جميعا **فان قلت** هذا بالنظر الى الحكم والاعتبار واما بالنظر الى الحقيقة
فمن فيه الخيار داخل في العقد غير مستثنى منه فلا يؤدي الى جهالة المبيع ولا
الى جهالة الثمن فما لكم اعتبرتم جانب الحكم دون الحقيقة مع انها احق بالاعتبار
اجيب بان العقد لما دار بين الصحة والفساد لان من فيه الخيار مستثنى
عن العقد حكما فيكون المبيع والثمن مجهولا غير مستثنى عنه حقيقة فلا يكون
شيء منهما مجهولا الا بجهالة طارية وانها ليست بمفسدة وجب ان يحكم بالفساد
احتياطا **قوله** وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد
العقد في الاخر لكن هذا شرط غير مفسد للعقد اذ المفسد من شرط القبول
انما هو شرط قبول غير المبيع ومن فيه الخيار من جملة المبيع فلا يكون مفسدا
كما اذا جمع بين قن ومدبر جاز البيع في القن مع شرط قبول المدبر لان المدبر
يدخل في العقد ثم يخرج صيانة لحقه **فان قلت** قد جعل من فيه الخيار
كالخارج عن العقد مستثنى عنه وبنى عليه فساد العقد فيما اذا لم يفصل
الثمن او لم يعين المبيع فليعتبر كالخارج عنه في حق اشتراط قبول العقد
فيكون شرطا لقبول غير المبيع **اجيب** بانه لو اعتبر مستثنى عن العقد لم يكن
قبوله شرطا اذ الاشتراط من ضرورة الضم مع المبيع ولا ضم مع الاستثناء
وان لم يعتبر مستثنى كما هو الحقيقة كان اشتراط القبول فيه اشتراطا
للقبول في بعض المبيع وانه ليس بمفسد وبالجملة انه ان اعتبر مستثنى فليس هناك

اشتراط قبوله اصلا لانتفاء الضم الموجب للاشتراط والا فهو شرط قبول
بعض المبيع وانه ليس بمفسد وايا ما فالعقد صحيح بكل حال قوله والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفسدة توضيحه ان شرى واحد من اثنين
او ثلث فاسد لافضائه الى النزاع في تعيين المبيع وللخطر وباشتراط الخيار
للمشتري والبايع ان عدم النزاع فالخطر باق وانه يكفي لفساد البيع الا
انا جوزناه في الثلث مع وجود الخطر للحاجة الى هذا الوجه من الشرى
وهي منتفية فيما زاد على الثلث فيكون فاسدا لوجود الخطر المفسد وعدم
الحاجة المرخصة قوله استعارة لا يريد بالاستعارة استعارة التثنية
للمفرد حتى تناقض ما ذكر فخر الاسلام في اصوله من امتناع استعارة العدد
للمفرد وبالعكس وبنى عليه عدم جوازنية الاثنين بالطلاق في طلقي نفسك
بل اراد به تنزيل كل ثوب منزلة المبيع من حيث ان كلا منهما لما احتمل
ان يكون مبيعا ترك الامكان منزلة الوجود كما يقال ضيق فم الركية
وسبحان الذي صغر جسم البعوض وكبر جسم الفيل وعليه حمل قوله تعالى
امتنا اثنتين واحييتنا اثنتين حيث نزل العدم الاصلي منزلة الاماتة
قوله لان الباقي خيار التعيين للاختلاط فان قيل من قضية الاختلاط
القسمة بالتراضي فلما ذا صار الوارث مختصا بالتعيين فنقول اما باعتبار
ان البايع رضي بامتياز الغير حيث شرط الخيار لغيره او باعتبار ان القسمة
لو ثبتت افضى الى المنازعة كذا في الحاشية وفي الوجهين نظر اما في الاول
فلان اختصاصه بالتميز لو كان باعتبار رضا البايع بتمييز الغير لجاز ان يرجع
البايع عن ذلك قبل القسمة وهذا لان الاختلاط يوجب الشركة واحد
الشريكين اذا رضي بقسمة الاخر ثم رجع عنه قبل ان يقسم جاز فكذا رجوع البايع
فيما نحن فيه وليس له ذلك واما قوله حيث شرط الخيار لغيره فنقول انه شرط
الخيار للمورث فيكون راضيا بتمييزه اما الوارث فلا شرط في حقه
فلا يكون راضيا بتمييزه واما في الثاني فلان بيع المشاع جايز وعلى ما
ذكر ينبغي ان لا يجوز لانه ايضا يفضي الى المنازعة عند القسمة فالجواب
ان الاختلاط انما يوجب القسمة بالتراضي اذا تعذر التميز وهو غير متعذر
لامكان تعين المبيع بتعيين من له الخيار ومن قام مقامه على ما قررناه
بخلاف ما اذا اشترى ثمار البستان فاثمرت بعد القبض فان الاختلاط
قد يثبت هناك على وجه لا يمكن التميز حتى لو امكن التميز بان كان الحادث
بعد القبض معلوما لا يثبت الشركة قوله وهذا التقدير يحتاج اليه
لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه لان خيار المشتري عنده مانع دخول المبيع في ملكه

فاحتيج

فاحتيج الى هذا التكلف ليكون دليلا على ثبوت الملك اما عندهما فالمبيع يدخل
في ملك المشتري فلا يحتاج الى التقدير الذي يؤدي الى اختيار الملك وقد يقال
هذا التقدير لا يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه كما لا يحتاج اليه
لمذهبهما لانه انما يحتاج اليه لمذهبه ان لو كان ثبوت حق الشفعة متوقفا
على كون الشفيع مالكا للدار التي يشفع بها وليس كذلك بل يكفي لاستحقاق
الشفعة كون الشفيع احق تصرفا بتلك الدار الا يرى ان المأذون المستغرق
بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داريهما يستحقان الشفعة وان
لم يملكا رقبة الدار والمشتري بالخيار وان كان لا يملك الدار المبيعة فهو احق
بها تصرفا فيستحقها كما يستحقها المأذون والمكاتب قال شمس الائمة السرخسي
اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه ملك الدار المبيعة واما
عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلانه صار احق بها تصرفا وذلك يكفيه لاستحقاق
الشفعة كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب وبهذا ظهر ان ما ذكره
المصنف رحمه الله في باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب من قوله وكذا اذا
كان للمشتري وفيه اشكال وضحناه في البيوع ضعيف اذ استحقاق الشفعة
لا يتوقف على الملك بل يكفي لاستحقاقه كون الشفيع احق بها تصرفا فلا معنى
لهذا الاشكال وجوابه ان ملك التصرف وكونه احق بالدار تصرفا ان كان
يكفي لاستحقاق الشفعة لكن بشرط ان يكون دايما غير موقت اذ الشفعة شرعت
لدفع الضرر المستدام والمشتري بالخيار ان كان احق بها تصرفا فذلك
غير مستدام لاحتمال الرد في مدة الخيار وانه احتمال ناش عن الدليل لان الخيار
وضع للرد ان احتيج اليه انما يثبت له الجوار الدايم بعد اسقاط الخيار مستندا
الى وقت الشراء فلا بد من اعتبار ذلك بخلاف المأذون والمكاتب لان
لهما يدا على الدوام فافترقا قوله لمذهب ابي حنيفة خاصة وقد يقال
بل يحتاج اليه لمذهبهما ايضا لان المشتري بالخيار وان كان يملك المشترى
عندهما لكن ملكه فيه قبل سقوط الخيار ليس بمستدام لكونه في عرضية الزوال
ولا بد لثبوت حق الشفعة من ملك مستدام لانه شرع لدفع ضرر سوء الجوار
وانه بالاستدامة يكون ولا يثبت للمشتري بالخيار دوام الملك ظاهرا
الا باسقاط الخيار قوله فتبين ان الجوار كان ثابتا واعترض بانه لو كان
بطريق الاستناد لصح الاخذ للمشتري بالشفعة اذا كان الخيار للبايع
واجاز البيع والجواب ان الملك الثابت بالاستناد ثابت من وجه فيعتبر
اذا لم يوجد له معارض قوي عنه واذا كان الخيار للمشتري فالمبيع يخرج
عن ملك البايع بالاتفاق ثم اذا اسقط الخيار يثبت الملك له من وقت الشراء

ولم يكن حينئذ في ملك البايع اصلا فيثبت الشفعة للمشتري لثبوت ملكه
مستندا لا للبايع لانعدام ملكه فيه اما اذا كان الخيار للبايع فلا يخرج المبيع
عن ملكه بل يبقى في ملكه من كل وجه فيثبت الشفعة للبايع لا للمشتري والحاصل
ان الملك الثابت بالاستناد انما يوجب استحقاق الشفعة اذا لم يوجد الملك
لغيره من كل وجه اما اذا وجد فلا اعتبار له دون ما هو ثابت من وجه وقد
اجيب بان المشتري بشرط الخيار له ولانه اثبات الملك لنفسه باجازة
البيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان للبايع فاعتبره بالاعتاق
فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبايع لا ينفذ اعتاق
المشتري وان اجاز البيع وظني ان هذا الفرق لا يجدي نفعا لان
الملك الثابت للمشتري بالخيار باجازته البيع ليس باقوى من الملك الثابت
له باجازة البايع بالخيار اذ الملك في كلتا الصورتين يثبت بالاستناد في
اما اعتاق المشتري بالخيار فانما ينفذ لان الاعتاق لا يصح بدون الملك
فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك قبل الاعتاق مستندا
الى الشراء فيتحقق الاعتاق في الملك الثابت له من كل وجه اما اعتاقه
فيما اذا كان الخيار للبايع فواقع في غير الملك فلا يصح اذ لا عتق فيما لا يملكه
الانسان اما الشفعة فانما يثبت للمشتري بالخيار باعتبار استناد الملك
والاستناد ثابت في الوجهين بلا تفاوت فثبوت الشفعة باعتبار الملك
المستند في احدهما دون الاخر مما لا وجه له فالاوجه هو الجواب الاول مسئلة
لو مس المشتري المشتراة بشهوة او مسته بشهوة سقط خياره وتم البيع
لان مسه لا يحل الا بالملك فاقدامه عليه دليل الرضاء وكذا مسها يوجب حرمة
المصاهرة فتعيبت بعيب لم يكن عند البايع لانها كانت تحل لاب المشتري وابنه
والان لا كذا في الكافي وفيه نظر حيث ذكر في باب خيار العيب انه لو وطئ البايع
الامة المبيعة قبل القبض لا عقر عليه ولا خيار للمشتري لانه ليس بعيب في الثيب
حتى لو اشترى امة على ان البايع لم يطأها فبان انه وطئها ليس له ان يردها هنا
كلامه فكما ان ثبوت حرمة المصاهرة في حق المشتري اعتبر عيبا في حق البايع
حتى يسقط به خيار الشرط وجب ان يعتبر وطئ البايع عيبا في حق المشتري
حتى يكون له الخيار فيما اذا وطئها قبل القبض من حيث انها كانت حلالا لاب البايع
وابنه والان حرمت عليهما وكذا ينبغي ان يكون له الخيار اذا اشترى على ان البايع
لم يطأها فبان انه وطئها وجوابه ان الامة لما كانت لا تخلو عن وطئ المولى
عادة نزل المشتري عالما بوطئه فكانه اشتراها مع علمه بهذا العيب فلا يكون
له ولاية الرد ثم لما نزل عالما به بدلالة العادة لم يعتبر اشتراطه بان البايع

لم يطأها

لم يطأها لانه بمنزلة ما لو اشترط البراءة من العيب مع علمه به وذا غير معتبر فكذا
هذا نعم يشكل بان العيب ما يوجب نقصان القيمة في عرف التجار وثبوت حرمة
المصاهرة بينها وبين الناس لا يوجبه لان غاية الامر انه يوجب تقليل الرغبات
من حيث ان المشتري او ابنه لا يشتريانها للاستيلاد ولكن مثل هذا التقليل
لا يوجب نقصانا في القيمة لان في المشترين كثرة وايضا لو كان ثبوت حرمة
المصاهرة عيبا لكان وطئ الثيب المشتراة تعييبا من المشتري فيجب ان لا يجوز
له ان يبيعها مرابحة بلا بيان لوجوب البيان في التعييب وان كان لا يجب
في التعيب وسيأتي ان للمشتري ان يبيعها مرابحة بعد الوطئ من غير بيان اذا كانت
ثيبا قوله فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه اشكال اذ التعيب بعيب الشركة
حكم الرد وحكم الشيء لا يمنع ذلك الشيء صرح به بعض المحققين في مسئلة ما اذا
دفع الى فقير مائتي درهم من الزكوة فانه جايز وعللوه بان الغنى حكم الاداء
فيعقبه وحكم الشيء لا يمنعه وقد مر في الزكوة وجوابه ان المانع هنا لزوم
الضرر الزايد لا التعيب نفسه والزام الضرر ليس من حكم الرد بل الرد
هو الزام الضرر بعينه ثم لا يخفى ان قوله رده معيبا لا يخلو عن نوع تساهل
للقطع بانتفاء العيب حالة الرد وانما يحدث بعده فلا يصلح قوله معيبا حالا
عن الضمير في رده

باب خيار الرؤية

قوله من اشترى
شيئا لم يره فالبيع جايز فان قلت ينبغي ان لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع
ما ليس عند الانسان اي ليس بحاضر مرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري
اذا كان رآه فالعقد جايز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلت تاويل النهي
بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال
يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل
السوق فاستجيدها فاشتريها واسلمها فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
والدليل عليه ايضا انه لو باع عينا في ملكه غايبا عن حضرته وقد رآه المشتري
جاز اذا بين مكانه واذا احضر عنده وقد كان في كفه ولم يره المشتري لم يجز
عند الخصم كذا في الشرح ولا يقال لو كان تاويل الحديث بيع ما ليس في ملك
الانسان لما صح بيع الفضولي لانه بيع ما ليس في ملكه لان المراد ببيع ما ليس
في ملكه هو ان يبيع ثم اشتراه واراد تسليمه بحكم ذلك العقد وقد يقال
تاويله بيع ما لم يقدر على تسليمه وقت العقد وفي بيع الفضولي يثبت القدرة على التسليم
عند الاجازة مستندا الى وقت العقد اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق
قوله ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا فله الخيار اذا رآه وفي شرح الحاوي
قال البيهقي واما حديث من اشترى شيئا فهو بالخيار اذا رآه فانما رواه

ابو بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفع الحديث الى النبي عليه السلام وهو مرسل
وابو بكر بن ابي مريم ضعيف قال واسنده عمر بن ابرهيم الكردي عن ابن سيرين
عن ابي هريرة وعمر بن ابرهيم كان يضع الحديث قاله الدارقطني هذا كلامه
قلت ان جبير بن مطعم قضى بخيار الرؤية للمشتري بمحضر من الصحابة وهو
يدل على صحة الحديث قوله لا يفضي الى المنازعة قلت بل يفضي الى المنازعة
في تعيين المبيع فان كل ما احضره البايع فللمشتري ان يقول المبيع غير هذا
فاحضره حتى اراه وايضا الجهالة في نفس المبيع تجعله كالهالك لما ذكرنا
ان كل ما يحضره البايع فللمشتري ان يقول المشتري هذا فكان متعذر
التسليم كالهالك فيفسد البيع بجهالة في جهالة الوصف في المشار اليه
فانه لا يفضي الى المنازعة في التعيين ولا يجعله كالهالك على ما لا يخفى
نعم لو باع شيئا في يده او في حقة فيها لم يتصور فيه المنازعة فكان نه
تعليل جزئي الا ان للخصم ان يقول الجهالة فيما اذا كان المبيع في كفه
او في حقة في يده ان كان لا يفضي الى المنازعة فهو يوجب غررا لجواز
ان لا يكون في يده شئ لكنا نقول اخبار البايع يوجب الظن بوجود المبيع
اذ الظاهر في الخبر هو الصدق والوجود فغلبة الظن يكفي لصحة البيع
بخلاف ما اذا باع الجنين اذ لا دليل لنا على وجوده قوله لان الخيار
معلق بالرؤية فلا يثبت قبله واذا لم يثبت لم يصح اسقاطه وقد يشكل
بانه لو خالعها وشرط ان لا يكون لها نفقة العدة سقطت النفقة اجماعا
مع انها حق لم يجب بعد لانها تجب شيئا فشيئا بسبب الاحتباس وعن هذا
لا تسقط بلا شرط وان كان الخلع والمباراة يسقطان كل حق لكل واحد
منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح لانهما انما توجبان سقوط ما هو
واجب وقت الخلع والنفقة تجب بعد الخلع بسبب يوجد بعده وهو
الاحتباس الذي يوجد شيئا فشيئا قوله فلا يثبت قبلها واعترض بانه
استدل على العدم قبل الرؤية بالتعليق وهو لا يوجب العدم عند العدم
واجيب بانه ان كان لا يوجب العدم عند العدم فالمعلق بالشرط معدوم
قبل وجوده بالاجماع فلا يثبت الخيار قبل الرؤية لانه معلق بها فلا يثبت قبلها
الا بدليل ولم يوجد هذا واما على ما ذكره الامام فخر الاسلام في بحث الشرط
من قوله وقد لا ينفك صفة الشرط عن معناه وهو العدم عند العدم
فظاهر فانه تصريح بان المعلق على الشئ يجب ان يكون معدوما قبل وجوده
وان عدم المشروط قبل وجود ما علق به من ضرورات التعليق لاستحالة
تعليق الموجود ولكنه اشار في الوجوه الفاسدة الى ان التعليق يقتضي الوجود

عند الوجود واما العدم عند العدم فهو ساكت عنه فكان للعلماء طريقين
بعد اتفاقهم انه لا يوجب العدم عند العدم بمنطوقه خلافا للشافعي وهل يوجبه
بضرورته فقيل نعم وقيل لا قوله بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث
فان قلت ولاية الفسخ ايضا من مقتضيات الحديث لانه مبني على عدم اللزوم
وعدم اللزوم ثابت بثبوت الخيار عند الرؤية اذ لو لزم العقد قبل الرؤية
لامتنع الخيار عند الرؤية والخيار ثابت بالنص فما ادى الى بطلانه فهو الباطل
فيكون ولاية الفسخ بمقتضى الحديث فكيف يستقيم قوله لا بمقتضى الحديث
قلت المراد بمقتضى الحديث هو الخيار الذي اقتضاه اي لا بخيار اقتضاه
الحديث بل بحكم انه عقد غير لازم قوله باوصافه اي بجنس باوصافه فالاضافة
للجنس دون الاستغراق فلا يرد الرضاء بالمبيع قبل العلم بالعيب قوله وجه
القول المرجوع اليه انه اي خيار الرؤية معلق بالشرى كذا ذكر في الحاشية
قلت قالوا اذا قال الرجل لامرأته اذا دخلت الدار فانت طالق ان كلمت
زيدا كان الطلاق معلقا بالكلام لا بالدخول وكان الدخول شرطا لانعقاد
اليمين هنا موجبا للغة حتى لو حلف لا يحلف بطلاقها فقال اذا دخلت الدار
فانت طالق ان كلمت زيدا لا يحنث قبل الدخول لانه انما يصير حالفا بالطلاق
بعد الدخول في الدار فعلى هذا كان الخيار في قوله عليه السلام من اشترى شيئا
لم يره فله الخيار اذا راه معلقا بالرؤية لا بالشرى انما المعلق به تعليق الخيار
بالرؤية فلا يصح ان يجعل الضمير في قوله انه معلق الى الخيار الا بتساهل
قوله وبما يبطل خيار الشرط من تعييب وتصرف اي تصرف يمتنع الرد
به فلا يشكل بما اذا اشترى دارا لم يرها فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة
لا يبطل خيار الرؤية ويبطل خيار الشرط ولا بما اذا عرض المشتري المبيع على البيع
حيث يبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية لانه لا يمتنع الرد بهذين
التصرفين او نقول ان الاخذ بالشفعة والعرض للبيع ان كان لا يبطل بهما
خيار الرؤية قبل الرؤية فقد يبطل بهما بعد الرؤية لا محالة فهذه القضية
ممكنة العام اي عدم بطلان خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط ليس بلازم
اما بطلانه بما يبطل هو به فقد وقد او نقول بطلان الخيار لا يتصور الا بعد
وجوده وخيار الرؤية انما يثبت بعد الرؤية وبعده يبطل بكل ما يبطل به خيار
الشرط من مساومة والاخذ بالشفعة وغيرهما والمراد بقوله ما يبطل خيار الشرط
هو البطلان الحقيقي دون الاعم من البطلان وعدم الثبوت فلا يرد الاخذ
بالشفعة والعرض للبيع لانهما يبطلان خيار الرؤية كما يبطلان خيار الشرط
غير انهما لا يمنعان ثبوت خيار الرؤية اذا وجدا قبلها لان حقيقة الرضاء

لايمنع خيار الرؤية فدلالته اولى **قوله** لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار
فان قيل لزم خلاف النص لانه اثبت الخيار اذا راه **قلنا** اعمال النص انما يجب
فيما امكن وهذه الافاعيل مبنية على الملك الثابت بحكم البيع فصحت بناء على قيام
الملك وبعد صحتها لايمكن رفضها فيسقط الخيار ضرورة **فان قلت** فمتى ارتفع
التصرف المتعلق به حق الغير قبل الرؤية بان رهن المشترى المبيع ثم افتكه ثم راه
او باع بشرط الخيار للمشترى فرد عليه ثم راه وجب ان يثبت الخيار بحكم النص
لانه يقتضى ثبوت الخيار للرؤية ولا مانع عندها اذ المانع تعلق حق الغير
وقد ارتفع قبل الرؤية وقد نص فى الذخيرة بانه لو افتك المرهون او مضت
مدة الاجارة او رد المشترى عليه بخيار الشرط ثم راه لايكون له الرد **قلت**
قد ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله انه اذا عاد المبيع الى المشترى بسبب هو فسخ
فهو على خيار الرؤية وهو يدل على ان المبيع اذا عاد الى قديم ملك المشترى وتمكن
من الرد عند الرؤية فله ذلك قلنا ان نمنع **قوله** مما يعلم البقية اذ لا تفاوت
اطراف الثوب الواحد الا يسيرا او ذا غير معتبر كذا فى الكافى **قلت** هو تفاوت
معتبر حتى لا يصح بيع ذراع منه كما صح بيع قفيز منه **قوله** ونظر الوكيل
كنظر المشترى قيل فى الفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول هو الذى
لا يستغنى عن اضافة العقد الى مرسله بخلاف الوكيل فانه يعقد بالاستبداد
كذا فى الشرح **فان قلت** الوكيل قد لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل
كالوكيل بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والوكيل بقبض المبيع لا يستغنى
عن الاضافة الى الموكل الا يرى ان الوكيل بقبض الدين وهو وكيل بالمبادلة
لا يستغنى عن الاضافة اليه فالوكيل بقبض العين اولى ان لا يستغنى عنه **اجيب**
بان المراد بالاضافة هو ان ينقل عبارة المرسل فينعقد العقد بعبارته
لا بعبارة الرسول اما الوكيل فهو ان كان لا يستغنى عن الاضافة فى بعض العقود
لكن المعنى بالاضافة التى لا يستغنى الوكيل عنها ليس ما ذكرنا من نقل عبارة الموكل
بل نسبة العقد الذى يعقده بعبارته اليه بان يقول فى النكاح زوجتك
عن فلان فالوكيل مستبد بالعقد فى جميع المواضع بمعنى انه يعقد بعبارته
لا بعبارة موكله والرسول ناقل عبارة المرسل لا عاقد بعبارته وقد ذكر
البعض هنا الفرق بينهما بان الوكيل يملك الخصومة ان امتنع البايع عن التسليم
والرسول لا يملكها **وفيه نظر** لان الوكيل بقبض المبيع وكيل بقبض العين
والوكيل به لا يملك الخصومة صرح به المصنف رحمه الله فى الوكالة حيث قال
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس
بمبادلة فاشبه الرسول نعم انه يصلح فرقا فى الجملة اما فيما نحن فيه فلا **قوله**

الا من عيب

الا من عيب فى الحصر نظر لانه قد يرد بخيار الشرط ايضا اللهم الا ان يقال
بحذف المعطوف ويحمل على ما يروى ان خيار الشرط يبطل بقبضه ايضا **قوله** والموكل
ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل **وفيه بحث** لان قبض المبيع بعد
الرؤية انما يتم من الموكل لانه يقوم مقام الرضا المسقط للخيار فى حقه والقبض
مع الرضا المسقط له تام فاما الوكيل فقبضه بعد الرؤية لا يحتمل ان يجعل قائما
مقام الرضا المسقط للخيار حيث لم يثبت له ولاية اسقاط الخيار بالرضا بهذا
التوكيل لانه وكيل بالقبض دون اسقاط الخيار وليس ذلك من لوازمه ايضا وبالجملة
ان اطلاق التوكيل يوجب ان يكون له القبض بعد الرؤية وقبله غير ان القبض
بعدها لا يسقط الخيار فى حق الموكل لانه قبض بعد الرؤية بل لانه دليل الرضاء
وهذا النوع من الرضاء غير ثابت للوكيل فلا يكون قبضه مسقطا له اذ الدليل
انما يعمل فى حق من يعمل فى حقه الصريح وصريح الرضاء من الوكيل باسقاط الخيار
لا يبطله فكذا دليله وهو القبض بعد الرؤية **قوله** انتهى التوكيل بالناقص منه
فلا يملك اسقاطه بعد ذلك قصدا **فان قيل** ينبغى ان يملك الاسقاط ايضا
لان من ملك شيئا ملك تمامه الا يرى ان الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض
لان اتمامها به وقد علل المصنف رحمه الله هنالك بقوله ولنا ان من ملك
شيئا ملك تمامه وتمام الخصومة بالقبض ولا خفاء ان تمام القبض هنا باسقاط
الخيار والوكيل يملك القبض فيملك تمامه ايضا كالوكيل بالخصومة يملك
القبض قصدا لتوقف تمام الخصومة عليه **فجوابه** ان سقوط خيار الرؤية
فى الحقيقة متمم للصفقة ومن ضرورة تمامها تمام القبض فمن حيث انه ليس
من متممات القبض مقصودا ينبغى ان لا يملكه الوكيل بالقبض ومن حيث انه
متمم له ولو بالضرورة ينبغى ان يملكه فقلنا يملك ضمنا بان قبض وهو يراه
ولا يملك بعد القبض مستورا قصدا عملا بالحيثيتين او نقول ان اسقاط الخيار
من حيث انه متمم للعقد يجب ان لا يملكه الوكيل بالقبض لانه لا يملك العقد فلا يملك
ما هو من متمماته ومن حيث ان للقبض شبها بالعقد فما هو المتمم له كان متمما
للقبض ايضا من وجه فيجب ان يملكه فقلنا يملك الاسقاط ضمنا لا قصدا
عملا بالاعتبارين فحصل الفرق بينه وبين الوكيل بالخصومة لان القبض متمم
للخصومة من كل وجه فمن كان مالكا لها كان مالكا للقبض المتمم لها **قوله** كيلا يكون
تفريقا للصفقة قبل التمام **فان قلت** قوله ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار
اذا راه يدل على جواز التفريق **قلت** ما روى انه نهى عن تفريق الصفقة قبل
قبل التمام محكم وما رويتم ليس كذلك الا يرى انه اذا عينه او تصرف فيه يسقط
الخيار ولا يقال انه ليس بمحكم لانه يجوز بعد القبض بالقضاء لانا نقول

البيع بالقضاء ينفسخ من الاصل فصار كان لم يكن فلا يكون فيه تفريق الصفقة
ولان النهي عن التفريق محرم والعمل به اولى ولانه متأخر والا يلزم الفسخ مرتين
كذا في الشاهان وفيه نظر اذ الرد بخيار الرؤية او الشرط ايضا فسخ من الاصل
مع انه لا يمنع تفريق الصفقة وايضا الرد بقضاء القاضي انما يجعل فسخا للعقد
فيما يستقبل لا فيما مضى لانه لو جعل فسخا فيما مضى لانتقض بمسائل احديها ان
المبيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان فسخا للعقد فيما مضى
لبطل الشفعة لبطلان البيع والثانية ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل
وسلمها اليه ثم ان المشتري ردها بعيب ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البايع
لا يصح الدعوة ولو كان الرد فسخا من كل وجه لصحت كما يصح في امة لم يبعها ابنه
والثالثة باع عبدا فاحال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده
بالعيب بقضاء لا يبطل الحوالة ولو كان الرد فسخا من كل وجه لبطلت فاذا
كان العقد قايما فيما مضى يتحقق فيه تفريق الصفقة برد البعض فالاولى
ان يقال التفريق بالقضاء انما يكون في خيار العيب بعد القبض لان الرد بخيار
الشرط او الرؤية لا يحتاج الى القضاء وكذا الرد بخيار العيب قبل القبض
فيكون التفريق بالقضاء تفريقا بعد التمام وهو غير منهي لانما المنهي عنه التفريق
قبل التمام ثم الحديث وهو قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره انما يقتضي
جواز رد المبيع وبعض المبيع ليس بمبيع فلا يقتضي جواز رده فيبقى داخلا
تحت النهي عن تفريق الصفقة قبل التمام فلا معارضة بين الحديثين قوله
ثم عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية وفي الذخيرة اذا تصرف في المبيع
قبل الرؤية تصرفا لا يمكن فسخه لزم البيع وكذا لو تعلق بالمبيع حق الغير بان آجر
او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ
فبطل الخيار حتى لو افتك المرهون او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه
بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وان كان تصرفا لم يتعلق به حق الغير بان
باع بشرط الخيار لنفسه او وهب ولم يسلم او عرض على البيع لا يبطل خياره
وفي الاصل اذا اشترى عدل زطي لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقي ولم يرض
به فليس له ان يرده بخيار الرؤية فان عاد ما باع الى ملكه بسبب هو فسخ من كل وجه
فله ان يرد الكل بخيار الرؤية الا على رواية عن ابي يوسف رحمه الله هذا كلامه
وبهذا ظهر انه لا تدافع بين ما ذكره المصنف رحمه الله اولا من قوله ثم ان كان
تصرفا الى قوله فبطل الخيار وبين ما ذكره من قوله فهو على خياره لان هذا على رواية
الاصل والاولى على رواية اخرى او هو مقيد بما اذا لم يعد اليه بسبب هو
فسخ والله اعلم قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط

واعترض

واعترض بان القياس على خيار الشرط غير مستقيم لان خيار الشرط انما يسقط
لدلالة الرضاء بهذه التصرفات وبعد ما سقط لا يعود لانه لا يثبت الا بالشرط
اما خيار الرؤية فلا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية فكذا بدلالته فلو بطل لكان
بطلانه بمعنى عدم ثبوته عند الرؤية لتعذر الفسخ ولا خفاء انه لا تعذر اذا عاد
اليه المبيع بسبب هو فسخ فينبغي ان يثبت هذا الخيار عند الرؤية بالنص والله
اعلم بالصواب باب خيار العيب وهو ما يخلو عنه الفطرة السليمة
قوله مطلق العقد يقتضي وصف السلامة لان المطلق ينصرف الى المتعارف
والمتعارف هو الرضاء بالسليم دون المعيب فيقع مطلق الرضاء على السليم
قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد الا اذا صارت
مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه
يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد
لحق البايع بالتعيب عند المشتري او لحق الشرع بالخياطة كذا في الكافي
وفيه نظر لما صرح به في الكافي في باب خيار العيب ان الوصف لا قسط
له من الثمن قبل القبض وهو يأخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك
عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه على امة
قبل القبض لم تكن الامة عوضا من العيب بل زيادة في اصل المبيع حتى كان الثمن
على العبد والامة على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته
من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب حتى لو
وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن وكذا الوكيل بالشراء اذا رضي
بالعيب قبل القبض صح ولزم الموكل ولو رضي به بعد القبض لا يصح ولزم الوكيل
لان قبل القبض لم يجب للعيب حصة من الثمن على البايع وبعد القبض تجب
حصة العيب على البايع فيبطل اسقاطه في حق الموكل هذا كلامه فاذا صار
للوصف قسط من الثمن بعد القبض وجب ان يصح الرجوع بالنقصان مع امساك
المبيع والجواب ان الوصف وان كان يقابله شيء من الثمن بعد القبض
ويجب حصة العيب على البايع بعده لكن وجوبا غير متقرر لتمكن البايع
من نقض القبض الذي به يصير الوصف مقصودا فباعتبار انه يجب حصة العيب
على البايع بعد القبض كانت الامة المصالح عليها عن العيب عوضا عنه ولم يصح
رضاء الوكيل به وباعتبار ان الوجوب غير متقرر لم يكن للمشتري ان يرجع به
على البايع جبرا فالمراد بقوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
هو المقابلة المتقررة وانها منتفية لا محالة قوله ولانه لم يرض بزواله
باقل من المسمى فان قيل يشكل بما اذا باع شيئا على انه معيب فاذا هو سليم حيث

حيث لا يكون للبايع الخيار ومع انه لم يرض بزوال ملكه بهذا القدر من المسمى
اجيب بان المبيع يكون في يد البايع وتصرفه وممارسته طول زمان فان نزل
عالما بصفته فيكون راضيا بخروج المبيع من يده سالما بالمسمى ولا كذلك
المشتري كذا في الشرح لا يقال كون المبيع في يد البايع وممارسته غير لازم
الا يرى ان بيع الموروث وبدل الصلح والمهر جايز قبل القبض ولا ممارسته
دون القبض لان العبرة للغالب والغالب ان يكون في يد البايع وممارسته
فان قلت كما ان كون المبيع في يد البايع وتصرفه دليل على علمه باوصاف المبيع
كذلك قوله على انه معيب دليل على كونه غير عالم به فلما ذا اعتبرت الدلالة
الاولى دون الثانية اجيب بان الاولى سابقة وقد ظهر عملها حيث نزل
عالما باوصاف المبيع قبل قوله على انه معيب ولا معتبر بالصريح اذا عملت
الدلالة عملها فبالدلالة الاخرى اولى وايضا ان قوله على انه معيب لم يذكر
على وجه الشرط بل على وجه التبري من العيب فكانه قال بعتك على اني بريء
من العيب فلا يكون له الخيار الى هذا اشير في المبسوط حيث قال ولو
اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا يرده لان الكفر عيب فذكره في العقد
لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرؤ من العيب قوله وكل ما اوجب
نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب اي كل عارض اوجب نقصان الثمن فهو
عيب فلا يرد ان الرداءة في الحنطة توجب نقصان الثمن مع انه ليس بعيب
اذ الرداءة ليست بعارضة فالحنطة قد تكون ردية في اصل الخلقة فيكون
الرداءة نوعا لا عيبا نعم ان الخصاء عيب ذكره في العيون وانه لا يوجب
نقصانا في المالية بل زيادة فيه حتى لو اعتق الخصي عن كفارته جاز وعلله
في الكافي بان الخصاء يزيد في المالية والمقصود هو ازالة المالية وقد ذكرنا
في كفارة الظهار وجوابه ان الخصاء عيب من حيث انه يوجب فوات عضو
من اعضاء الادمي وهو بهذه الجهة يوجب نقصان القيمة وان كان يزداد
مالية باعتبار امر اخر فيدخل في عموم قوله كل الخ وايضا الخصي من حيث انه
يفوت جنس المنفعة يوجب نقصان المالية لكنه يزداد قيمة لرغبة بعض
الجهال في استخدامهم في النساء وانه حرام فلا يعتبر بالزيادة الحاصلة به
الا يرى انه لو غصب عبدا خصيا فهلك يضمن قيمته غير خصي ولو كانت هذه
الزيادة معتبرة يضمن قيمته خصيا وكذا لو غصب عبدا فنزع خصييه
يضمن نقصان الهزال ولا ينجبر ذلك بالزيادة الحاصلة بالخصي ولو كانت
معتبرة لانجبر وليس كذلك هذا ولكن يشكل بانه لو كانت الزيادة الحاصلة
بالخصي غير معتبر شرعا لم يصح اعتاقه عن الكفارة لكونه هالكا حكما حتى يجب

بالخصاء

بالخصاء تمام الدية لانه يفوت به جنس المنفعة وهي منفعة الايلاد وبالجملة
فصحة الكفارة توجب اعتبار هذه الزيادة وما ذكرنا من المسائل يوجب
عدم اعتبارها فالامر مشكل والله اعلم بالصواب وجوابه سيأتي في كتاب
الغصب ان شاء الله تعالى قوله والاباق والبول في الفراش والسرقة
في الصغير عيب قال في الفوايد الظهيرية وهنا مسئلة عجيبة وهي ان من اشترى
عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش فلم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب اخر
كان له ان يرجع بنقصان العيب فاذا رجع ثم كبر العبد هل للبايع ان يسترد
ما اعطى من النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية في الكتب ثم قال
وكان والدي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بما اذا اشترى جارية فوجدها
ذات زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده رجع بالنقصان فاذا رجع ثم ابانها
زوجها كان للبايع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا هنا وبما اذا
اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده رجع بالنقصان فاذا
رجع ثم برئ من مرضه هل للبايع ان يسترد قالوا ان كان البرء بالمداواة لم يكن له
ان يسترد والا فله ذلك والبلوغ هنا لا بالمداواة وكان له ان يسترد وفيه نظر
لان البلوغ منهي لهذا العيب في الصغير والشيء بانتهائه يتقرر والمتقرر في حكم
الباقي فكان هذا العيب باقيا حكما فلا يسترد النقصان بخلاف هاتين المسئلتين
لان العيب فيهما زائل لا متقرر نعم لو كان الحكم فيما اذا مات الزوج من المشتراة
كالحكم في صورة الابانة لكان الاستدلال به صحيحا لان العيب في الجارية
وهو النكاح ينتهي بموت الزوج عنها كالعيب في الصغير ينتهي بالبلوغ ولكنه
غير مسلم لما ذكرنا ان المنتهي متقرر والمتقرر في حكم الباقي الا يرى انه لو اشترى
عبدا فاعتقه ثم اطلع على عيب كان عند البايع له ان يرجع بالنقصان وعلله
في الكتاب بان الاعتاق انهاء الملك والشيء بانتهائه يتقرر فيجعل كان
الملك باق والرد متعذر وكذا خصومة المالك في القطع بسبب السرقة شرط
حتى لو سقطت الخصومة قبله بان وهب المسروق للسارق وسلم اليه لا يقطع
اما لو انتهت الخصومة نهايتها بان رد السارق المسروق الى المالك بعد المرافعة
الى القاضي فانه يقطع لان المقصود من الخصومة هو استرداد المال وقد حصل
فكانت الخصومة منتهية لحصول مقصودها والمنتهي بمنزلة الباقي فكانت الخصومة
قايمة وقت القطع فيقطع كذا ذكر في السرقة فعلم ان المنتهي في حكم الباقي
والله اعلم قوله لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد
تصريح بان الولد قد يكون مقصودا بوطي الجارية وقد مر في كتاب العتاق
انه لو قال لامتيه احديكما حرة فوطي احديهما لا يكون بيانا للعتق في الاخرى

ولو قال لامرأتيه احديكما طالق فوطئ احديهما يكون بيانا للطلاق في الاخرى
عند ابيحنيفة رضي الله عنه لان المبهم من الايجاب لا يحرم الوطئ عنده
غير ان المقصود من وطئ المنكوحة الولد فيدل على استيفاء الملك ومن وطئ
الامة قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على استيفاء الملك فيها وانه
تصريح بان المقصود في الجارية هو قضاء الشهوة دون الولد والزنى وان
كان يخل بطلب الولد فلا يخل بقضاء الشهوة فكانه اراد بقوله يخل بالمقصود
في الجارية وهو طلب الولد انه قد يكون المقصود فيها طلب الولد كما قال ولا
لان المقصود قد يكون لا فتراش فلا يكون بيانا بالشك واراد بما مر
من قوله دون الولد انه لا يقصد به الولد في بعض الاوقات قوله لان
ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء فان قلت ذكر في الفتاوى الفضلي
اشترى جارية فامتد طهرها من غير ظهور الحمل بها ليس له ان يردها على بايعه
ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحمل او بالداء لان الارتفاع بدون هذين
السببين لا يعد عيبا والمرجع في الحمل الى النساء وفي الداء الى الاطباء
كذا في الذخيرة فلو كان الانقطاع علامة الداء لصح الاكتفاء بدعوى الانقطاع
ولم يشترط دعوى الانقطاع بالحمل او الداء اجيب بان دعوى الانقطاع بالحمل
او الداء ليس بشرط على اختيار المصنف رحمه الله وان اختياره على خلاف
اختيار الفضلي وان احتمال الانقطاع بدون هذين السببين في مجرى العادة
ممنوع والى هذا يشير لفظ الذخيرة قبيل هذا حيث قال ان الناس يعدون
الانقطاع في مدة كثيرة عيبا فالحاصل ان الانقطاع عيب وانه لا يكون
الا عن داء او هو متنوع الى ما يكون عن داء او حبل وما يكون لا باحد هذين
السببين فقد قيل بالاول وهو الذي اختار في البداية وانه لا يشترط دعوى
الارتفاع باحد هذين السببين وقيل بالثاني وهو اختيار الفضلي في فتاواه
وانه يشترط دعوى الارتفاع بالداء او بالحبل فالعيب عنده هو الداء او الحبل
لا ارتفاع الحيض بنفسه ولو سلم ان الارتفاع علامة الداء ومع ذلك
يشترط دعواه باحد هذين السببين من غير اختلاف بينهم كما حققنا فنقول
معنى قوله علامة الداء انه دليل الداء في الظاهر كاليد دليل الملك والثابت
بحكم الظاهر لا يكفي للالزام فلا بد من ذكر الحمل او ذكر الداء واقامة البينة
عليه بان اخبر به طبيبا او اخبرت بالحمل امرأة قوله اقصى غاية البلوغ
وهو سبع عشرة سنة فيها اي في الجارية وادناها تسع سنة قوله عند
ابي حنيفة فاما عندهما فاقصاها خمس عشرة سنة قوله فتعين الرجوع
بالنقصان فان قلت الرجوع بالنقصان يوجب الضرر بالبايع حيث لم يرض

بزواله

بزواله عن ملكه باقل من المسمى اجيب بان المشتري ايضا يتضرر بامتناع الرجوع
بالنقصان لكن دفع الضرر عن المشتري اولى من دفعه عن البايع لانه كالغار
على المشتري حيث لم يعلمه بالعيب فكانه رضي بالرجوع عند امتناع الرد بحدوث
العيب في يد المشتري قوله فامتنع اصلا فان قيل ينبغي ان يثبت الشركة
كما اذا اختلط السويق لرجل بالسمن لرجل قلنا في اثبات الشركة ايضا اضرار
بالبايع اذ الشركة عيب قوله وفي الثاني اي فيما اذا خاطه لولده الكبير
بعده اي تمام التمليك بعد الخياطة حيث لا ينوب قبض الاب مناب قبض الكبير
لانعدام الولاية عليه والتمليك لا يوجب الملك الا بالتسليم والقبض فيتم
التمليك من الكبير بالتسليم اليه وانه متأخر عن الخياطة والرد يمتنع بمجرد
الخياطة وانها قبل التمليك فيضاف الامتناع الى الخياطة دون التمليك فلا
يكون حابسا المبيع حتى يمتنع الرجوع بالنقصان قوله اما الموت فلان الملك
ينتهي به والمنتهي في حكم المتقرر فكان الملك باق والرد متعذر بامر حكمي
كما لو تعيب عند المشتري ثم اطلع على عيب او المعنى ان الملك ينتهي بالموت وبانتهائه
يمتنع الرد اذ الرد هو اعادة الملك ولا يتصور اعادته بعد انتهائه فانه حينئذ
لا يقبل النقل من ملك الى ملك ومتى امتنع الرد يرجع بالنقصان الا ان يكون حابسا
وهو ليس بحابس هنا اذ الحبس انما يتصور فيما يحتمل النقل فعلى هذا كان المراد
بقوله لا بفعله هو الفعل الذي لا يوجب الحبس كالخياطة او المراد هو الحبس
نفسه اي لا بحبسه وعلى الاول قوله لا بفعله تمسك اخر بطريق الدلالة على ما
نبينه قوله والامتناع حكمي لا بفعله اي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة في ملكه
قيد به احترازا عما اذا صبغه احمر ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولا شك
ان الصبغ بفعله كذا في الشرح قلت لو قطع الثوب ثم اطلع على عيب يرجع
بالنقصان مع ان امتناع الرد بالقطع وانه لا يوجب الزيادة فهذا القيد
لا يكفي لدفع ما يرد ان قوله لا بفعله يشير الى ان امتناع الرد لو كان بفعله
يمنع الرجوع بالنقصان وليس كذلك فان امتناع الرد فيما اذا قطع الثوب
او صبغه احمر بفعله مع انه لا يمتنع الرجوع بالنقصان فالظاهر ان يقال امتناع
الرد لا بفعله وان كان لا يحتاج اليه للرجوع بالنقصان فهو يحتاج اليه
للرجوع به على وجه لا يفترق فيه جواب الاستحسان مع جواب القياس فالموت
لا يمنع الرجوع بالنقصان قياسا واستحسانا وانه معلول بكون الامتناع
حكميا لا بفعله كانه قال والامتناع حكمي لا بفعله فلا يمنع الرجوع قياسا
واستحسانا واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله
وفي الاستحسان يرجع او نقول زاد قوله لا بفعله قصدا الى اثبات الحكم في الموت

بدلالة ما اذا كان الامتناع بفعله يعني اذا كان الامتناع بفعله غير مانع للرجوع
بالنقصان فلان لا يمنع اذا كان لا بفعله بل بامر حكمي اولى **قوله** لان الاعتاق
انهاء الملك **وفيه بحث** اما اولا فلتصور الملك بعد الاعتاق كالامة
اذا ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وكذا العبد الذمي
اذا اعتق ثم لحق بدار الحرب ثم سبي فكان الاعتاق ازالة للملك لا انهاء
واما ثانيا فلانهم صرحوا بان ارادة الطلاق من الفاظ العتق جائز
وانه من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب فلو كان الاعتاق انهاء
للملك لم يكن الطلاق مسببا له لان الطلاق وضع لازالة الملك لا لانهائه
قوله فكان انهاء الى آخره حاصل الفرق بين البيع والاعتاق على ما يشعر
لفظ الكتاب هو ان البيع حبس للمبيع عن البائع واختيار من المشتري
منعه عنه لانه اخراج للمبيع عن ملكه والاخراج يمنع الرد ومع اختيار منعه
عن البائع لا يرجع بالنقصان اما الاعتاق فليس بمنع للمبيع عن البائع
لانه انهاء للملك وتقرير له لان المنتهي في حكم الباقي فلا يكون نفس الاعتاق
حبسا للمبيع ومنعا له عن البائع بل امتناع الرد بامر حكمي وهو تعلق حق العبد
بالعتق فصار كما لو صبغه احمر فان الصبغ متى لم يكن حبسا ومنعا للمبيع عن البائع
بل الامتناع فيه باعتبار الزيادة كان له حق الرجوع بالنقصان كذا هنا لما
لم يكن الاعتاق في نفسه منعا لكونه تقريرا للملك لا اخراجا له عن ملكه كالبيع
وكان الرد بامر حكمي لم يمنع الرجوع بالنقصان هذا ولكن للخصم ان يقول سلمنا
ان الاعتاق انهاء وتقرير لا اخراج وازالة ولكن لا شك ان الاعتاق
تاكيد للملك على وجه لا يحتمل الزوال الى ملك آخر والتاكيد على هذا الوجه
اختيار للمبيع كالاخراج بخلاف الصبغ لان المصبوغ يحتمل النقل من ملك الى ملك
فلا يكون حبسا ومنعا بل الامتناع عنده لمحض حكم الشرع ومنعه عن الرد
لمكان الربوا وتقرير آخر ان الاعتاق لما كان انهاء كان الملك باقيا حكما
فيلحق بما اذا كان الملك باقيا حقيقة والرد متعذر وفيه يرجع بالنقصان
كما لو تعيب بعيب آخر او صبغه بخلاف البيع فانه مزيل للملك والرجوع بالنقصان
لم يعرف الا مع بقاء الملك وذلك ان المشتري انما يرجع بالنقصان باعتبار
انه يملك المبيع مع جميع اوصافه فيملك المطالبة بالوصف الفايت وعند تعذر
تسليمه يرجع بالنقصان ولا يخفى انه انما يملك مطالبة الوصف الفايت عند
قيام الملك في الاصل اما اذا لم يبق ملكه في الاصل بطل في الوصف ايضا اذ
لا تبع بدون الاصل فلا يملك المطالبة لانه لم يبق مالكا له وقد يقال في وجه
الفرق ان المبيع بالبيع يبقى محلا للرد غير انه لا يقدر على الرد بفعله وهو البيع

فيتمكن

فيتمكن البائع من مطالبة المبيع كما هو ودفع ضرر نقصان الثمن عن نفسه ومع
تمكنه عن دفع الضرر عن نفسه باعتبار بقاء المبيع صالحا للاسترداد لا يجبر
على قبول هذا الضرر حتى يرجع المشتري عليه بالنقصان واما بعد الاعتاق
فلا يبقى المبيع صالحا للاسترداد ولا يقدر البائع عن دفع الضرر عن نفسه
بمطالبة المبيع كما هو فيندفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وفعله وهو
الاعتاق لا يصلح لالزام الضرر على المشتري لانه فعل مأذون فيه شرعا
فلا يصلح سببا للغرامة **قوله** وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه والمتقرر
في حكم الباقي فيجعل كان الملك باق والرد متعذر **وفيه بحث** لما عرف
من جواز النكاح بين السيد ومعتقته او بين السيدة ومعتقه وعلى ما
ذكرنا ان الاعتاق انهاء للملك والمنتهي في حكم المتقرر والمتقرر في حكم
الباقي لزم ان لا يصح النكاح بين المعتقة والسيد ولا بين المعتق وسيدته
اذ لا اقل من شبهة الملك وانه يحرم النكاح كحقيقته اذ الحرمة مما يحتاط
فيه **قوله** فيجعل كان الملك باق والرد متعذر يشير بان بقاء الملك
شرط للرجوع بالنقصان والفقه فيه والله اعلم انه لو لم يبق الملك لم يبق
العقد ايضا لانه انما يجعل باقيا مع كونه عرضا غير قار لبقاء حكمه وهو
الملك فحيث لم يبق الملك لم يبق العقد ومتى لم يبق العقد لم يبق للمشتري
استحقاق وصف السلامة في المبيع لانه استحقه بالعقد ولم يبق ولما
لم يبق استحقاقه لم يتمكن من الرجوع بالنقصان لابتنائه على استحقاقه
وصف السلامة ووجه آخر ان الرجوع بالنقصان خلف عن الفسخ يصار اليه
عند تعذره فيستدعي تصور الفسخ واعادة ملك البائع ولا ذلك الا ببقاء
الملك فلا بد منه اما حقيقة كما اذا تعيب عند المشتري او ازداد او حكما
كما لو مات او اعتق فان الملك بهما يتقرر والمتقرر في حكم الباقي فصار
كان الملك والرد متعذر **فان قلت** تعذر الرد جاء من قبله حيث تعذر
بفعله وهو الاعتاق فيجب ان يمنع الرجوع **قلت** الاعتاق تصرف مملوك
للمشتري وكل تصرف مملوك له لا يمنع الرجوع وان امتنع الرد به كالقطع
والصبغ احمر وذلك انه لو امتنع الرجوع بهذه التصرفات لتضرر به المشتري
فانه ربما يتصرف في المبيع قبل العلم بالعيب بظن انه سليم فلو امتنع الرجوع
بالاطلاع على العيب بعد ذلك لتضرر به والضرر مدفوع نعم لو تصرف
بما يوجب حبس المبيع عن البائع بان يبقى قابلا للنقل من ملك الى آخر امتنع
الرجوع بالنقصان لان جبر البائع على تسليم النقصان مع حبس المبيع عنه اضرار
به فانه ربما لا يوافقه الا اخذ المبيع والاعتاق ليس بحبس اذ الحبس انما يتحقق

اذا بقى المحل قابلا للنقل من ملك الى ملك ولا يبقى قابلا له بالاعتاق والتدبير والاستيلاد فلا يكون فى الرجوع بالنقصان اضرار بالبايع قوله بالامر الحكمى اى لا بحبسه بخلاف البيع فافترقا قوله لانه انهاء للملك قلت لا تاثير لانهاء الملك لا فى بقائه وبقائه وان كان شرطا للرجوع فليس بموجب له سيما اذا وجد المانع وهو حبس البدل فالاولى ان يعلل بان المال فى الاعتاق على مال ملك المولى وملكه لا يصح عوضا عن ملكه فهو عقد كرم ياخذ مالا لنفسه ويعتق عبده فكان اعتاقا بلا بدل فى الحقيقة فلا يمنع الرجوع والله اعلم قوله لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى فصار كالموت حتف انفه مشكل حيث يتعلق به حكم دنياوى وهو وجوب الكفارة اذا قتله خطاء وقد صرح المصنف فى باب نكاح الرقيق بان قتل المولى معتبر فى حق احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه حتى لو قتل المولى امته التى زوجها من غيره قبل التسليم اليه سقط المهر قوله بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان البتة كانه جواب عما يقال ان الاعتاق ايضا يوجب الضمان كالقتل ولكن لا يظهر ذلك باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا كما فى القتل فقال فى وجه الفرق بخلاف الاعتاق الخ وتوضيحه ان فى القتل انما لا يرجع بالنقصان باعتبار ان فيه شبهة الحبس لكونه مضمونا البتة وهذه الشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فى الاعتاق لانه قد يوجب الضمان وقد لا يوجبه وهذه الشبهة فى القتل باعتبار الضمان وهو ليس بثابت فى الاعتاق البتة فنزل الى شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها نعم يشكل بان اكل مال الغير ايضا لا يوجب الضمان البتة الا يرى انه لو غصب عبدا فاجر العبد نفسه وسلم من العمل واخذ الاجرة من المستاجر فاكله الغاصب لا يضمن الغاصب للمولى شيئا مما اتلف من اجرة العبد عند ابى حنيفة رضى الله عنه وكان الاكل كالاعتاق من حيث ان كلا منهما لا يوجب الضمان البتة مع ان الاكل يمنع الرجوع بالنقصان ولئن قيل اكل مال الغير وان كان لا يوجب الضمان البتة مطلقا فهو بشرط ان يكون متقوما يوجبه البتة وابو حنيفة انما لا يضمن الغاصب اذا اكل من اجرة العبد الذى اجر نفسه وسلم من العمل زعما منه ان الاجرة غير متقوم فى حق المولى كما سياتيك تحقيقه فى الاجارة فنقول الاعتاق ايضا يوجب الضمان البتة بشرط يسار المعتق فلا يفترق مع اكل مال الغير لان كلا منهما لا يوجب الضمان البتة مطلقا ويوجبه بشرط وايضا كسب المبيعة فى البيع البات قبل القبض ملك المشترى بكل حال عند ابى حنيفة رح ان تم العقد

او نقض بموتها قبل القبض او بالرد بخيار الرؤية او عيب وعندهما موقوف ان تم العقد فهو للمشترى وان نقض بما ذكرنا فللبايع الكسب المغصوب ولكن لو اتلفه البايع لا يضمن عند الكل تم العقد او نقض مع انه متلف لملك المشترى عنده مطلقا وعندهما ان تم العقد لانه اتلف فى حال لو اتلف الاصل لا يضمن القيمة بل يسقط الثمن عن المشترى والكسب لا حصة له من الثمن ولا يمكن تضمين الكسب بالقيمة لئلا يكون البيع مخالفا للاصل وكذا لو اتلفه المشترى لا يضمن عندهما ايضا وان انتقض العقد مع انه يتلف ملك البايع عندهما لانه اتلف فى حال لو اتلف الاصل لا يضمن بل يتقرر الثمن عليه وكذا اذا اتلف الكسب وكذا كسب المبيعة بخيار القبض والخيار للبايع موقوف عندهما ولكن لو اتلفه البايع لا يضمن وان تم العقد مع انه بعد التمام يملكه المشترى لانه اتلف ملك المشترى فى حال لو اتلف الاصل لا يضمن القيمة فكذا اذا اتلف الكسب وكذا لو اتلفه المشترى لا يضمن وان انتقض العقد مع انه متلف ملك البايع لانه اتلفه فى حال كان الاصل فى يده مضمونا بالقيمة وهذا يمنع ضمان الكسب عنده وكذا كسب المبيعة بعد القبض والخيار للمشترى للبايع عند ابى حنيفة رح ان انتقض البيع مع ان المشترى لو اتلفه لا يضمن عنده وان اتلف ملك البايع لانه اتلف فى حال لو اتلف الاصل لا يضمن القيمة فكذا لا يضمن الكسب وبالجملة ففى هذه الصور اتلاف ملك الغير لا يوجب الضمان والله اعلم بالصواب قوله انه صنع فى المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فلو امتنع الرجوع بهذه الافعال لتضرر المشترى لانه ربما يفعل هذه الافعال المقصودة بالشرى الغالبة وقوعا بعده ثم يطلع على عيب فلو لم يتمكن من الرجوع بالنقصان بعدها لتضرر به كثير ضرر وتوجيه اخر ان هذه الافعال لما كانت مقصودة بالشرى والشرى يتم من قبل البايع فصار المشترى كالمسلط على هذه الافعال من قبل البايع فصار امتناع الرد مضافا اليه لا الى المشترى حكما فلا يمتنع الرجوع قوله وله انه تعذر الرد بفعل مضمون وانما سقط الضمان هنا بالملك فصار كالمستفيد به عوضا قوله قلنا التسلط على الاكل فى ملك المشترى لا فى ملكه فان قيل نعم لكن بشرط انه لو ظهر فاسدا لرده الى البايع اجيب بالمنع بل بشرط انه لو ظهر فاسدا يدفع المشترى الضرر عن نفسه من غير الحاق الضرر بالبايع وفى الرد الحاق ضرر به فتعين الرجوع بالنقصان ونحن نقول به قوله والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين فى المائة مشكل لما سياتيك ان المسلم اليه اذا وجد بعض راس المال زيفا بعد ما افترقا فرده واستبدل به الجياد فى مجلس الرد فان كان المردود قليلا صح وان كان كثيرا بطل عند ابى حنيفة

لان القبض انتقض من الاصل ولهذا يعود الاجل لو كان مؤجلا وكذا الكفالة
والرهن وكانهما افترقا من غير قبض الا ان في القليل ضرورة لان الدراهم
لا تنفك عن زيف قليل ولا ضرورة في الكثير والقليل عند ابي حنيفة رح ما دون
النصف والكثير ما فوقه وفي النصف عنه روايتان كذا ذكر في الكافي فقد
اعتبر القليل في مسئلة السلم ما دون النصف بل النصف في رواية وهنا
اعتبر القليل واحدا واثنين في المائة مع ان جهة العفو في المسئلتين واحدة
وهي انه لا يخلو عن قليل فاسد او زيف ووجه الفرق مشكل **قوله** ثم رد
عليه اي بعد القبض لان التفصيل الذي ذكر بقوله فان قبله الخ انما هو اذا
كان الرد بعد القبض لانه لو رد عليه قبل القبض فله ان يرده على بايعه سواء
كان الرد بالقضاء او بالرضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
في حق الكل حتى لا يتوقف على القضاء فصار كانه لم يبع كذا ذكر في الكافي وانه
مشكل لما ذكر فيه في باب البيع الفاسد انه لو باعه المشتري ثم رد عليه
بعيب بقضاء لم يملك بيعه من بايعه باقل مما باع لانه فسخ من كل وجه
بخلاف ما لو رد برضاء قبل القبض او بعده او باقالة لانه بيع جديد في حق
الثالث والبايع الاول ثالثهما هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر
حيث اعتبر الرد قبل القبض بالرضاء بيعا جديدا ثمه حتى جاز للبايع ان يشتري
من المشتري الاول بعدما رد عليه مشتريه قبل القبض برضاء باقل مما باعه
واعتبره فسخا من كل وجه هنا حتى جاز للمشتري الاول ان يرده على بايعه
بعدما رد عليه مشتريه برضاء قبل القبض والحق ما ذكر هنا لان بيع المبيع
قبل القبض لا يجوز سيما من البايع فانه لا يجوز في المنقول والعقار جميعا
لانه يفوت القبض المستحق بالعقد فيجب ان نجعل الرد قبل القبض فسخا وان
كان برضاء فهذا في غاية الاشكال وغاية ما يمكن ان يقال ان الرد بالعيب
بالرضاء قبل القبض ان كان فسخا في حق الكل فلا اقل من شبهة المبادلة من حيث
ان المشتري يملكه ثم يملكه البايع بمراضاة منهما وتخلل الثالث ولو حكما يمنع
فساد شراء ما باع باقل مما باع الا يرى ان وكيل البايع اذا اشترى ما باعه
لاجله باقل مما باع جاز حيث ينعقد بين الوكيل بالشرى وموكله مبادلة
حكمية حيث يسلم له المبيع من قبل الوكيل حتى كان له ان يرد عليه بالعيب ويتحالفان
اذا اختلفا في قدر الثمن او قدر المبيع فصار كانه اشتراه لنفسه ثم باع من البايع
باقل مما باع ولو تخلل الثالث حقيقة صح شراء ما باع باقل مما باع فكذا
اذا تخلل حكما والمبادلة بين البايع والمشتري في صورة الرد بالعيب ليس
باقل من المبادلة بين الوكيل بالشرى وموكله وذا يكفي لجواز شراه ما باع باقل

فهذا

فهذا اولى وذلك لان فساد ضعيف لكونه مجتهدا فيه ولانه شبهة الربوا فيكفي
لجوازه شبهة تخلل الثالث فاما الرد بالعيب فقد كان للمشتري ولاية ذلك
فاذا باعه من اخر ثم رد عليه قبل القبض برضاء فان هذا الرد ان اعتبر بيعا
لم يكن له ان يرده على بايعه وان اعتبر فسخا كان له ذلك وقد كان له الرد
فلا ينقطع هذا الحق بالشبهة والله اعلم **قوله** فان قبل بقضاء القاضي
كان الاولى ان يقال فان رد بقضاء اذ لا عبرة للقبول في صورة القضاء
قوله لانه فسخ من الاصل اي في حق الكل لتعذر اعتباره تبعا لانتفاء
الرضاء من المشتري الاول بالفسخ والبيع الجديد لا يكون الا بتراضيهما كذا
في الكافي **فان قلت** سياتيك في اول كتاب القسمة انه جاز الاجبار على المبادلة
كما في الاخذ بالشفعة وقضاء الديون وانه اشارة الى ان المبادلة قد تنعقد
بالجبر عند مساس الحاجة وقد مست الحاجة هنا ايضا لاحتياج المشتري الى الرد
كاحتياج الشفيع الى الاخذ بالشفعة واحتياج المديون والداين الى اداء
الدين فليكن الرد بالعيب بالقضاء مبادلة ايضا كالاخذ بالشفعة وقضاء
الديون والقسمة **اجيب** بان المراضاة هي الاصل في البيع لا يعدل عنها الا
عند الضرورة ومساس الحاجة الى اعتباره مبادلة من غير مراضاة وجعله
راضيا حكما دفعا للضرر عنه او عن غيره ولا حاجة الى اعتبار الرد بالقضاء
بيعا لامكان اعتباره فسخا من الاصل واعادة الى قديم ملك البايع فلذا
اعتبرناه فسخا لا بيعا والله اعلم **قوله** غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه
صار مكذبا شرعا **فان قلت** قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي ولكن القاضي
انما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب
عند الاول ليس بشرط للرد على الثاني يوضحه ان التكذيب في الانكار انما
ثبت لضرورة القضاء بقيام العيب والقاضي انما يقضي بقيامه عند البيع الثاني
فيقتصر التكذيب على انكاره العيب عنده ايضا فلا يكون مكذبا في انكاره
العيب عند البيع الاول فينبغي ان لا يرد على بايعه **قلت** هذا الذي تشبث به
محمد رح فقال ليس للمشتري الاول ان يرد على بايعه الا ان ابا يوسف رحمه الله
يقول ان الانكار اما ان صدر منه مطلقا بقوله لا عيب فيه او مقيدا بقوله
لا عيب فيه حين بعته منك وقبضته فان صدر مقيدا فظاهر انه ليس بمنكر
قيام العيب عند البيع الاول وما انكر فقد صار مكذبا فيه فله ان يرده على بايعه
وان صدر مطلقا فهو منصرف الى قيام العيب عند البيع الثاني لانه خرج
مخرج الجواب للمدعي وهو لا يدعي الا قيام العيب عند البيع الثاني فيكون انكاره
منصرفا الى ما يدعيه خصمه فلا يكون منكرا الا قيام العيب عند البيع الثاني

والشرع قد كذبه فيه فبطل وصار وجوده كعدمه فيكون له الرد على بايعه قوله
ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وفي المحيط ان كان
الرد بنكوله او باقراره بقضاء القاضي بان اقر بالعيب اولا ثم ابى القبول
يرد على البايع الاول لان هذا فسخ حصل بقضاء القاضي بغير رضا المشتري
الاول فيكون فسخا في حق الكل كالرد بالبينة وانما قلنا انه حصل بغير رضاء
المشتري الاول اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الرضاء بالفسخ بطريق الدلالة
ثبت من حيث انه باشر سبب الفسخ بالنكول وبالاقرار بالعيب وهما ليسا بسبب
للفسخ فان الفسخ لا يوجد بهما وانما يوجد بقضاء القاضي عن اختيار وحكم
الشيء ما يعقبه من غير ان يتخلل بينه وبين الحكم فعل فاعل مختار هذا كلامه
وذلك يشعر بان انكار الاقرار ثم اثباته بالبينة مما لا حاجة اليه بل يكفي
للقضاء بالاقرار ان يقر بالعيب ثم ابى القبول ولكن لقائل ان يقول ان وجود
العيب في يد البايع شرط الرد وفسخ العقد وقد نص في الكافي في باب
طلاق المريض ان الرضاء بالشرط رضاء بالمشروط حتى لو علق طلاقها
بفعلها ففعلت والتعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد لم ترث
لانها لما باشرت الشرط صارت راضية بالطلاق فلا يكون الزوج فارا
والاقرار بالعيب رضاء بظهور العيب في يد البايع والرضاء بظهوره في يده
رضاء بالفسخ لانه شرط الفسخ والرضاء بالشرط رضاء بالمشروط
وقد ذكر في بعض المواضع اشترى عبدا وقبضه واراد ان يرده بالعيب
فقال البايع هذا العيب حدث عندك فاستحلفه القاضي فابى فرده
عليه له ان يرده على بايعه ولو لم يأب اليمين ولكن اقر بالعيب لم يكن له ان
يخاصم بايعه فهذا يدل على ان الرد على المشتري الاول بقضاء او بغيره
عند اقراره بالعيب يمنع الرد على بايعه فلا بد من التأويل فلعل المصنف
رحمه الله اختار هذه الرواية فلذا اول بما اذا انكر الاقرار ثم اثبت عليه
بالبينة ولكن هذا ايضا مشكل اما اولا فلان نكول المشتري اعتبر اقرارا
في فصل الاستحقاق حتى لو استحق المبيع باباء يمين لم يكن له ان يرجع على بايعه
بالثمن وذلك لانه مختار في النكول من حيث ان مطلق اليمين وهو الشرى
الذي من اسباب الملك موجود في حقه فلو كان اقراره مانعا للرد وجب
ان يكون نكوله ايضا مانعا كما في فصل الاستحقاق واما ثانيا فلان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الاقرار معاينة لم يكن له ان يرد على بايعه
فكذا اذا ثبت بالبينة واما ثالثا فلما ذكر في الكافي في متفرقات كتاب
الاقرار حيث قال كيس في يد رجل فيه الف درهم اقر ان نصفه لفلان

ودفع

ودفع اليه بعضا ثم اقر ان نصفه لغيره فالباقي بينهما وقال زفر رحمه الله
يدفع اليه كل ما في يده لانه يضمن عنده لان القاضي انما سلم باقراره فاضيف اليه
ولنا انه لا يجوز ان يضمن بالاقرار لان الاقرار بمال الغير لا يوجب الضمان
ولا بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالتاوي وان دفع ماله بغير قضاء
فالباقي للثاني لان دفعه باختياره فكانه اتلفه ولو كان مكانه اقرار
بالوديعة فعند ابي يوسف كذلك وعند محمد رحمه الله يضمن بكل حال لانه مأمور
بالحفظ والاقرار ضده هذا كلامه فلم يجعلوا الدفع بالقضاء اذا كان
مبنيا على الاقرار كدفعه بالاختيار وجعل الرد بالعيب بالقضاء بناء
على اقراره به كقبوله بنفسه واختياره قوله يرجع اليه اي يرجع الى البايع
بالخصومة وليس المراد الرجوع اليه بنقصان العيب لانه ليس له ذلك هنا
قوله للتيقن بقيام العيب عند البايع الاول قلت التيقن بقيام العيب
ان كان ثابتا عند البايع الاول ولكن الفسخ بالرضاء لما كان بيعا في حق
البايع الاول تبدل ملك المشتري في حقه وتبدل الملك بمنزلة تبدل
العين فصار كما اذا اشترى المشتري الاول عبدا اخر من مشتريه على ان
التيقن بقيام العيب لا يوجب الفسخ بالمراضاة حتى يمنع الرد على البايع بل
يحتاج الى الجبر ومع الجبر لا يمكن اعتباره بيعا بل يكون فسخا في حق الكل فيكون
له الرد كان البيع الثاني لم يوجد قوله حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة
مشكل لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار على الدفع ونفيه لا ينتهي باقامة البينة
بل يستمر وانما يصح باضمار شيء بان يقال او يقيم المشتري بينة فيستمر عدم
الاجبار كذا في الكافي قلت زيادة قوله فيستمر عدم الاجبار لا يصحح هذا
الكلام بل يفسده حيث يؤول الى لم يجبر حتى يقيم المشتري بينة فيستمر عدم
الاجبار وانه فاسد لان قوله حتى يقيم يدل على انتهاء عدم الاجبار رجوعا
الى كلمة حتى وانتهاء عدم الاجبار مع استمراره مستحيل لمكان التنافي
بين انتهاء عدم الاجبار واستمرار عدمه الا ان يجعل او بمعنى الا على معنى
ان عدم الاجبار منتهي بالحلف في جميع الاوقات الا وقت اقامة البينة على وجود
العيب فان عدم الاجبار ح لا ينتهي بالحلف والمعنى حتى يحلف البايع فح يجبر
في جميع الاوقات الا وقت اقامة البينة على وجود العيب فح لم يجبر اذ البينة
بعد الحلف مقبولة في احدى الروايتين وقد يوجه لفظ المتن بان المراد
بالمشتري البايع اذ الاشتراء مشترك بين اخراج المبيع عن ملكه وبين ادخاله
في ملكه والكلام من قبيل وضع الظاهر موضع الضمير اي او يقيم البايع بينة
على رضاء المشتري بالعيب وبان المراد بقوله لم يجبر التوقف والانتظار اي توقف فيه

وينتظر حتى يحلف البايع فيجبر على دفع الثمن او يقيم المشتري بينة فينفسخ البيع
وبان الكلام على حذف المعطوف اي لم يجبر على دفع الثمن ولم ينفسخ العقد
حتى يحلف البايع فيجبر على دفع الثمن او يقيم المشتري بينة على وجود العيب
عند البايع فيفسخ العقد ويرد المبيع وكل ذلك لا يخلو عن تكلف قوله
ودفع الثمن اولا اي قبل تسليم المبيع ليتعين حقه اي حق البايع في الثمن
لانه دين لا يتعين الا بالقبض فيجب على المشتري تسليم الثمن ليتعين حق البايع
اي ليصير عينا كما تعين حقه في المبيع قبل التسليم لانه عين يتعين بالتعيين
فيتحقق المساواة بين المتعاقدين كما هو مقتضى عقد المعاوضة وبالجملة
ان وجوب دفع الثمن على المشتري اولا ليس الا ليتعين حق البايع في الثمن
كما تعين حق المشتري في المبيع فاذا انكر تعين حقه في المبيع بدعوى العيب
لان حقه في السليم دون المعيب لم يجب عليه دفعه اولا هذا حاصل المتن
وفيه نظر لانه وضع المسئلة بعد قبض المبيع حيث قال ومن اشترى
عبدا فقبضه فادعى عيبا ومعنى دفع الثمن اولا هو دفعه قبل دفع البايع
المبيع اليه وهذا انما يفيد اذا كان وضع المسئلة قبل القبض وقد وضعها
بعد القبض فان وجه لقوله ودفع الثمن اولا اي قبل قبض المبيع الى اخره فكانه
اراد بقوله فقبضه فقصد قبضه ولم يقبضه بعد حتى ادعى عيبا فانه
لم يجبر على دفعه كما كان يجبر عليه عند ارادة القبض لولا دعوى العيب او اراد
بقوله قبضه احضره البايع لقبضه فان قبضه ليس بشرط للجبر بل يكفيه
احضاره للقبض حتى لو احضره البايع ليسلمه الى المشتري يقال للمشتري سلم
الثمن اولا ثم يقال للبايع سلم المبيع فيترتب عليه قوله ودفع الثمن اولا
والله اعلم **قوله** ولانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء
فلا يقضى به صونا لقضائه وذلك لان القضاء حق الشرع والاصل فيه
الصون **فان قلت** اذا بيعت الدار فله ثلث شفعاء فحضر احدهم واثبت
الاستحقاق جاز للقاضي ان يقضي بالكل مع احتمال الانتقاض حتى لو حضر
احدهما وحضرا اخذ ثلثي الدار وثلثه **اجيب** بان القضاء انما يجب صونه
عن البطلان بالتاخير اذا لم يتضمن التاخير ابطال حق العبد اما اذا تضمن فلا
لان القضاء حق الشرع وحق العبد لحاجته مقدم عليه صيانة وفي فصل
الشفعة لو اخر القضاء الى وقت حضور الشفعاء لتاخر حق الحاضر لا الى غاية
معلومة اذ وقت حضورهم غير معلوم ومثل هذا التاخير يجري مجرى الابطال
اما ههنا فتاخير القضاء بدفع الثمن الى البايع لا يودي الى التاخير الى وقت
غير معلوم لامكان المصير الى حلف البايع او بينة المشتري في الحال والدليل

عليها

على ما قلنا ان المشتري لو قال شهودي بالشام لا ينتظر حضور الشهود بل يحلف
البايع لان في الانتظار تاخير حق البايع لا الى وقت معلوم وان كان في القضاء
توهم الابطال باقامة المشتري البينة وقد اجيب بانه لا ينتقض القضاء
حيث لا يرجع الى المشتري ولو انتقض لرجع عليه ثم اخذ منه الشفيع الحاضر
وضعفه ظاهر نعم يشكل بما لو ادعى استحقاق المبيع من يدي المشتري وهو
لم يؤد الثمن او ادى بعضه يجبر على اداء الثمن هكذا حكى فتوى بعض المشايخ
مع انه لو قضى بدفع الثمن فلعله يظهر الاستحقاق ويفسخ البيع فينتقض القضاء
بالدفع فيجب ان لا يقضى به صونا للقضاء عن البطلان كما لا يقضى به في فصل
العيب وما ذكر في الذخيرة من الفرق بين فصل العيب والاستحقاق ان
في فصل العيب لو دفع يسترد ثانيا لا محالة وفي فصل الاستحقاق لا يسترد
ثانيا لا محالة لجواز ان القاضي لا يقضي ببينة المستحق ويجيز المستحق البيع
ففيه نظر للقطع بان احتمال ان لا يقضي بالبينة ثابت في الفصلين وبعد
القضاء بالعيب بالبينة يحتمل ان لا ينفسخ البيع بان رضي المشتري مع العيب
او يحدث عيب اخر قبل الرد فيمتنع الرد الا ان يقال في فصل الاستحقاق
احتمال الاحتمال لجواز ان لا يقضي ببينة المستحق وبعد القضاء يحتمل ان
يجيز المستحق البيع اذ القضاء بالاستحقاق ليس بفسخ للبيع في الصحيح
والمعتبر هو الاحتمال دون احتمال الاحتمال وفي فصل العيب ان كان يحتمل
ان لا يقضي ببينة المشتري فبعد القضاء بالعيب رضي المشتري بالعيب
ليس بمتعارف فالتحق بالعدم واما حدوث عيب اخر فهو مع كونه نادرا
في مثل هذه المدة ان كان يمنع الرجوع بكل الثمن فهو يحقق الرجوع بقدر
النقصان فينتقض القضاء بذلك القدر البتة يعرف بالتامل ثم ذكر
في الفصول في دعوى الدفع ادعى عينا في يد رجل فقال المدعى عليه اني
اشتريت من هذا المدعي ينزع من يده حتى يقيم البينة على الشراء وهذا
قياس وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني وفي الاستحسان يترك في يده ثلثة ايام
ويؤخذ منه كفيل حتى يقيم البينة على الشراء وعلى المديون اذا ادعى الايفاء
يؤمر بالقضاء ثم يؤمر باثبات الايفاء وفيه ايضا في فصل دعوى الخارج
مع ذي اليد اذا اقر المدعى عليه انه اخذ الدار من المدعي لانها كانت ملكي فان
كذبه المدعي في الاخذ لا يؤمر بالتسليم اليه لانه رد اقراره ويقيم البينة على ذي اليد
وان صدقه فيه يؤمر بالتسليم اليه فيصير المدعي ذا اليد فيكون عليه اليمين
وعلى الاخر البينة هذا لفظه وتعليل الكتاب بصون القضاء عن البطلان
يشير الى انه لا ينزع من يد المدعى عليه اذا ادعى الملك والتملك على المدعي

اذا كانت له بينة حاضرة والظاهر انه في جنس هذه المسائل قياس واستحسان والله اعلم بالصواب **قوله** لانه على حجته فيه دليل على ان اقامة البينة من المدعي بعد يمين المدعى عليه جائز وفي الجامع الصغير رجل قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة تقبل في قول ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا تقبل ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف رح وفي جميع البستي في قبول هذه البينة روايتان عن اصحابنا رحمهم الله **فان قلت** اليس يتضرر المشتري على قول محمد رح كثير ضرر حيث يجبر على دفع الثمن ولا يبقى على حجة **قلت** حق المدعي عند العجز عن البينة هو اليمين لقوله عليه السلام فلك يمينه فالمشتري يستوفي حقه بالتحليف وكما يبع لا يتصل بالتأخير الى حقه اصلا فكان رعاية جانب البائع اولى من رعاية جانب المشتري بالتأخير الى وقت حضور الشهود **قوله** والمراد بالتحليف على انه لم يأبق عند البائع يعني لم يرد به التحليف على انه لم يأبق عند المشتري لقوله حتى يقيم المشتري البينة على انه قد ابق عنده اي عند المشتري اذ المعنى فيحلف ولا يخفى ان التحليف بعد اقامة المشتري البينة على اباقه في يده انما هو على انه لم يأبق عند البائع لا على انه لم يأبق عند المشتري اذ لا معنى لهذا التحليف بعد ما ثبت العيب عنده بالبينة ثم اعلم بان قيام العيب في الحال شرط لاستماع الخصومة **فان قيل** اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على اخر دينا وانكر المدعى عليه قيام الدين فالقاضي يأمر المدعى عليه بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال وكما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فكذلك سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل عارض **قلت** الفرق بينهما هو ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى احياء حقه عسى لانه لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة ولكن لا يقدر على اقامتها لموتهم او لغيبتهم اما في دعوى العيب فلو شرطنا قيام العيب للحال لاستماع الخصومة لتوسل المدعي الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن اثاره وان لم يعرف بالاثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل كذا في الشرح وهل يصح ان يقال ان المشتري لا يصير خصما الا بقيام العيب في يده لان الخصومة مبنية على فوات وصف السلامة فلا بد اولا من اثبات ذلك بالبينة ليصير خصما كما في دعوى العقار لا بد ان يقول انه في يده ويثبته بالبينة لانه لا يصير خصما الا باثبات اليد فلا بد من اثباته اولا اما قيام الدين في ذمة المدعى عليه فليس بشرط لصيرورته خصما في اثبات الدين حتى يشترط اثباته اولا بالبينة كيف ولو ثبت الدين بالبينة اولا لارتفعت الخصومة فلا يكون ذلك شرطا لصحتها

فظهر

فظهر ان قيام العيب في يد البائع ليس باعتبار ان السلامة اصل والعيب عارض بل باعتبار ان ولاية المخاصمة هنا لفوات وصف السلامة فلا بد من اثباته اولا ليصح مخاصمته مع البائع ولا كذلك في فصل الدين فافترقا **قوله** وبالله ما ابق عنده قط **فان قيل** في دعوى الاباق والسرقة ينبغي ان يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير **قلنا** انما يحلف على البتات لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات الا يرى ان المودع يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل المودع كذا في الشرح **قلت** الاستدلال بتحليف المودع على البتات مشكل لان رد الوديعة الى المودع يحصل بالتخلية التي هي قبض حكمي ولا شك ان التخلية فعل المودع دون المودع فيكون تحليفه على فعله لا على فعل غيره وهو القبض الحقيقي الا ان يقال رد الوديعة انما يحصل بالتخلية لقيامها مقام القبض باعتبار انها سبب له والشيء اذا قام مقام غيره يعطى له حكم ذلك الغير لا حكم نفسه فصارت التخلية لقيامها مقام القبض الحقيقي فعل المودع فيكون التحليف عليها تحليفا على فعل الغير ثم القاضي الامام ظهير الدين قال هذا لا يقوى لمسئلتين احديهما رجلان باعا عبدا من اخر ثم مات احدهما وورثه البائع الاخر ثم ادعى المبتاع عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وانه يدعي العلم بانتفاء العيب زمان البيع وكذلك المفاوضان اذا باعا عبدا وغاب احدهما فادعى المشتري عيبا يحلف الحاضر في نصيبه بالجزم وفي نصيب الغير بالعلم وان ادعى ان له علما بذلك والجواب عن الاولى انه انما يحلف على نصيب مورثه باعتبار انه نائب عنه ومن حيث انه نائب عنه لا يدعي العلم فلا يحلف على البتات وجاز ان يثبت الشيء بجهة الاصالة ولا يثبت ذلك بجهة النيابة كمن باع عبد غيره ثم برهن في حيوة رب العبد على اقرار المشتري انه لم يأمره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض اما لو مات رب العبد وورثه البائع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك تقبل لانه في حيوة المورث لو قبلت بينة على هذا الوجه فانما تقبل من حيث انه اصل ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت انما تقبل من حيث انه نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا فكذا نائبه كذا في الكافي وفيما نحن فيه ان كان الوارث يدعي العلم فهو لا يدعيه من حيث انه نائب عن الميت فلا جرم يحلف بهذه الجهة على العلم دون البتات وبمثل هذا يقول في الجواب

عن الثانية وذكر في المحيط ان صاحب العبد لو لم يجحد الوكالة حتى مات فورثة
البايع فقال انه لم يامرني بالبيع لا يلتفت اليه لانه ساع في نقض ما تم من جهة
ولانه متناقض فان قلت ينبغي ان يلتفت اليه من حيث انه صار بمنزلة
الميت وقام مقامه ومن هذا الوجه لا يتحقق التناقض قلنا انما يلتفت
الى قوله اذا صار بمنزلة الميت قائما مقامه في هذا العين وشرط قيامه
مقام هذا العين بقاؤه على ملكه وذا لا يثبت بمجرد قوله ولو اقام بينة
على اقرار المشتري ان المالك جحد الامر بالبيع قبلت بينته لانه يثبت ببينة
اقرار المشتري ببطلان حقه ولا يريد ابطال ما اوجبه بل يقول اني اوجبت
البيع والتزمت التسليم الا ان المشتري نقض ما اوجبت فانعدم التناقض
هذا لفظه والله اعلم قوله ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وذلك
ان اليمين ما شرعت الا لقطع الخصومة فلا يتوجه الا بعد توجهها فاما
البينة فمشروعة لاثبات ما ليس بثابت لا لقطع الخصومة على الخصوص
والمشتري محتاج لاثبات الاباق عنده فيقبل بينته قوله فالقول
قول المشتري فان قلت وجب ان يتحالفا لانهما اختلفا في مقدار المبيع
اجيب بان الاختلاف هنا من حيث المعنى في مقدار ما يرجع به المشتري
على البايع لا في مقدار المبيع لانه غير مقصود قوله فيكون القول للقابض
لانه ينكر قبض الزيادة كذا في الكافي وقد يقال ان القابض وان كان
منكرا في الصورة قبض الزيادة فهو يدعي الرجوع بعد رد الجارية بكل
الثمن والبايع وان ادعى في الصورة قبض الزيادة فهو في المعنى ينكر
رجوعه عليه بكل الثمن اي ليس لك ان يرجع علي بكل الثمن بل بحصة الجارية
المعينة بعد قسمة الثمن عليها وعلى التي ضمت معها وقد عرفنا ان البينة
على اعتبار الظاهر واليمين على اعتبار المعنى والمقصود كالمودع اذا ادعى
رد الوديعة والمستودع ينكر ردها فالقول للمودع وان كان مدعيا
للرد لانه ينكر الضمان والمستودع يدعيه فالاولى ان يقال انما يكون القول
للقابض لانه اعرف بحال المقبوض لانه في يده الان فالظاهر شاهد له
والقول قول من يشهد له الظاهر قوله ووجد بالاخر عيبا قيد بالاخر
اي بغير المقبوض مع ان المسئلة فيما اذا وجد بالمقبوض عيبا كذلك لانه
اذا وجد بالمقبوض عيبا ففيه اختلاف كما سياتيك فالجواب على الاتفاق
انما هو فيما اذا وجد بالاخر عيبا قوله وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد وقد يشكل بما اذا اشترى عصيرا فتخمر
قبل القبض حيث يبقى العقد ويتخير في المبيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما

اذا تعيبت وسياتيك المسئلة في كتاب الرهن فلو كان للقبض حكم العقد لما بقي
العقد في هذه المسئلة لتعذر القبض الذي هو في حكم العقد الا يرى ان الذمي
اذا اشترى من ذمي خمرا او خنزيرا فاسلما او اسلم احدهما ينفسخ البيع ويمنع عن القبض
لما ذكرنا ان القبض في باب البيع له حكم العقد لانه يستفاد به ملك التصرف
بعد القبض لا قبله والاسلام مانع عنه وايضا اذا اشترى ارضا ونخلا بتمر
فاثمر قبل قبضه بمثل التمر اخذ الكل بالثمن ولم يفسد العقد ولو كان للقبض
حكم العقد بمنزلة العقد وجب ان يفسد العقد كما لو اشترى الارض والنخل
مع ثمرها بتمر مثل ثمرها والجواب عن الاول ان الشارح ذكر في الرهن ان
الشراء يفسد اذا تخمر العصير قبل القبض وهكذا ذكر في الكافي في كتاب
الشركة فلنا ان نمنع واما اذا تبايع الذميان فاسلم احدهما قبل القبض
ففيه ايضا اختلاف المشايخ اشار اليه في الكتاب في باب المكاتبة
الفاسدة حيث قال واذا تبايع الذميان فاسلم احدهما يفسد البيع
على ما قال البعض هذا لفظه وفيه اشارة الى الخلاف فكانت مسئلة التخمر
والاسلام سواء فلا يحتاج الى الفرق وعن الثاني ان قبض الثمر الذي اثمر
النخيل المبيع مع الارض ليس بقبض المبيع حتى يكون كالبيع قوله خلافا
لزفر فانه يقول فيه تفريق الصفقة الى اخره هكذا ذكر في المبسوط
وغيره وذكر في المختلف ما يخالفه فقال اذا اشترى عبدين فوجد باحدهما
عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد
القبض فانه يرده خاصة فكذا قبل القبض كذا في الكافي وعن زفر وايضا
في رواية لم يجوز تفريق الصفقة قبل القبض وبعده فقد قاس ما بعد القبض
على ما قبله وفي رواية اجاز تفريقها قبل القبض وبعده فقاس ما قبل القبض
على ما بعده ووجه الاولى ان التفريق قبل القبض انما لا يجوز لما فيه من الاضرار
بالبايع لفوات غرضه وهو ترويج الردي بالضم مع الجيد وهذا الاضرار
قايم في التفريق بعد القبض فلا يجوز ايضا ووجه الثانية ان التفريق بعد
القبض انما جاز لان علة الرد هو العيب وذا وجد في احدهما والحكم يثبت
بحسب العلة فلا يتعدى الى غير المعيب وهذا المعنى موجود قبل القبض ايضا
فيكون الحكم في الحالتين واحدا ولان التفريق انما جاز بعد القبض صيانة
لملك المشتري في السليم والملك له ثابت في الحالين فصح التفريق فيهما صيانة
لملكه في الوجهين قوله ومراده بعد القبض وانما اراد ذلك لان هذا الحكم
قبل القبض لا يختص بالمكيل والموزون قوله اما الركوب للرد فلانه
سبب الرد قلت بل السبب هو السوق الى البايع او القود اليه اما الركوب

فزايد على ما يحصل به الرد نعم قد يحتاج اليه اما لصعوبة الدابة او لعجزه فيجب
ان يكون الجواب في الركوب للرد على التفصيل كما في الركوب للسقي وللعلف
كما هو احدى الروايتين ففي الكافي ولو ركب للرد او ليسقيها او ليشتري
علفها لا يكون رضاء استحسانا لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما
لا تنقاد له ما لم يركبها وكذا في سقيها وعلفها وقيل تاويله اذا لم يمكنه الرد
والسقي واشتراء العلف الا بالركوب بان كانت جموحا لا يمكن ضبطها
وقيل الركوب للرد لا يكون رضاء وان امكن الرد بدون الركوب لانه
يفضي الى الرد ويقرره ولا كذلك الركوب للسقي والعلف هذا كلامه قوله
محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه قلت بل يجب ان يكون الجواب مطلقا
غير محمول على ذلك كما هو احدى الروايتين على ما ذكرنا من الكافي وذلك
ان عدم امكان السقي الا بالركوب على اعتبار بعض الدواب يكفي لكونه
عفوا الا يرى انه لو اوقف الدابة لاجل الروث فراثت فعطب انسان
بروثها لم يضمن لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف فقد حكموا
بعدم الضمان مطلقا على اعتبار عادة بعض الدواب ولم يفصلوا بين ما اذا
كانت الدابة لا تروث الا بالايقاف وما اذا راثت في حال السير ايضا
فكذا هنا يجب ان لا يكون الركوب للسقي والعلف رضاء بالعيب على اعتبار
عادة بعض الدواب انها لا تنقاد الا بالركوب وايضا لما كان الجواب عند
بعض المشايخ مطلقا غير مقيد بما اذا لم يجد منه بدا وجب ان يجري جواب
الكتاب على اطلاقه لان المطلق اذا امكن اجراؤه على اطلاقه وجب ان يجري
عليه ثم لو كان المختار عند المصنف هو التفصيل لزم ان يقول اطلق الجواب
في الكتاب والصحيح هو التفصيل فاما حمل جواب الكتاب على ما هو مذهب
البعض من التفصيل مع امكان ان يكون المذكور في الكتاب قول من لم يفصل
فلا يعرف وجهه اللهم الا ان يكون الاختلاف بين العلماء في قول محمد
في الكتاب انه مطلق ام على التفصيل في الكل او في البعض فزعم البعض انه مطلق
في الكل وبعضهم انه على التفصيل في الكل وبعضهم انه على التفصيل في الركوب للسقي
او لشراء العلف وعلى الاطلاق في الركوب للرد وهو مختار المصنف ع قوله
له ان يرده ويأخذ الثمن اي جميع الثمن وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن
لان اليد من الادمي نصفه قوله وعندهما يرجع بما بين قيمتيه اي يرجع في الثمن
بحسب تفاوت بين قيمته سارقا الى غير سارق اي يقوم سارقا وغير سارق
فينظر كم ما بينهما من التفاوت ان كان التفاوت بينهما بالنصف يرجع
بنصف الثمن وان كان بالثلث يرجع بثلث الثمن وعلى هذا مثلا قيمته سارقا

عشرين

عشرون درهما وغير سارق ثلثون درهما والثمن خمسة عشر درهما يرجع بثلث
الثمن وهو خمسة دراهم اذ التفاوت بين القيمتين بالثلث قوله اذا قتل
بسبب وجد في يد البايع في الحاشية كالرجم وغيره قلت هذا في صحته يحتاج
الى مزيد تامل قوله وصار كما اذا قتل المغصوب الخ وقد يفرق بين البيع
والغصب ان الغاصب قد ضمن قيمة المغصوب بنفس الغصب ثم اذا قتل بسبب
عنده بعد الرد الى المالك فما ذكره ابو حنيفة رح يقتضي ان لا يسقط عنه شيء
من قيمته وما ذكرا يقتضي ان يسقط فلا يسقط بالشك وفي مسئلة البيع
قد وقع الشك في الرجوع بكل الثمن فلا يثبت الرجوع بالشك قوله ممنوعة وبعد التسليم
فالجارية تموت بتراكم الالام التي تحدث عند الولادة فصارت كالجارية المحمومة
عند البايع فماتت في يد المشتري قوله ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل
عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يعلم العيوب وقال الشافعي رح ان لا يصح
البراءة وذكر في شرح الحاوي ان باع بشرط براءة عيب لا يعلمه البايع في الحيوان
لا يبطل العقد بخلاف ما يعلمه وبخلاف غير الحيوان لما روي ان ابن عمر رض
باع عبدا من زيد بن ثابت بثمان مائة درهم بشرط البراءة فاصاب زيد
به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر وترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر
اتحلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه فباعه ابن عمر بالف درهم
والفرق من جهة المعنى بين ما يعلمه وما لا يعلمه ان كتمان العيب المعلوم تلبيس
والفرق بين الحيوان وغيره ان الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي او ظاهر
فتمس الحاجة الى هذا الشرط فيه ليوثق بلزوم البيع الى هنا كلامه وبهذا
تبين ان خلاف الشافعي رح في العبد وغيره من الحيوانات انما هو اذا شرط
البراءة وهو يعلم بالعيب اما اذا لم يعلم فالشرط صحيح عنده ايضا فذكر خلافه
في العبد مطلقا والتعليل ببطلان الابراء عن المجهول المشعر بخلافه في اذا علم
بالعيب وفيما اذا لم يعلمه ليس كما ينبغي والله اعلم قوله بناء على مذهبه ان الابراء
عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح فان قلت انما يكون في الابراء معنى التمليك اذا كان ابراء
عما يكون مالا من وجه كالدين اما ما لا يكون مالا ولا يحتمل التمليك بوجه فهو اسقاط
محض كالعفو عن القصاص والابراء عن العيب مثل العفو عن القصاص فيكون
اسقاطا محضا والاسقاط عن المجهول جائز بلا نزاع قلنا حصة العيب تجب
على البايع بعد قبض المشتري المبيع على ما ذكرنا من الكافي فيكون الابراء عن العيب
ابراء عما يخصه من الثمن بعد القبض وحصته دين يحتمل التمليك فيؤدي الى تمليك
المجهول وانه باطل وفيه بحث لان حصته انما تجب بعد القبض والابراء

عن العيب وبما يكون قبل القبض وقبل القبض لا دين ههنا حتى يؤدي الى تمليك المجهول
فهذا التعليل من قبل الشافعي رح انما يتم اذا ثبت ان الحقوق عنده في حكم المال
في احتمال التمليك **باب البيع الفاسد** **قوله** لحد العوضين
ذكر بطريق التغليب لان احدهما معوض كذا في الحاشية **قلت** بل كل منهما عوض
فالمبيع عوض عن الثمن في حق المشتري والثمن عوض عن المبيع في حق البائع
فجاز ان يسمى الثمن والمثمن عوضا بلا تغليب **قوله** محرما اي محرما انتفاعه
فلا يرد السرقين والعذرة المخلوطة ونحوه لانه وان كان محرما لاكل فهو
جائز الانتفاع حيث ينتفع به بالالقاء في الاراضي لكثرة الريع وجعله
وقودا وكذا بيع الكلب وان كان محرما لاكل لجواز الانتفاع به حراسة واصطيادا
ومثل الفهد والسباع من البهايم والطيور فعلم انه اراد بقوله محرما محرم الانتفاع
بحيث لا يجوز الانتفاع بعينه اصلا اما ما جاز الانتفاع به في الجملة فبيعه جايز
نعم يشكل بشعر الخنزير فانه يباح الانتفاع به بجواز استعماله في عمل الخرز
ولا يجوز بيعه الا ان يقال انما جوز الانتفاع به لضرورة ان عمل الخرز
لا يتاتى بغيره فلا يظهر في حق جواز البيع او يقال انه يوجد في السكك
مجانا فلا يكون مالا اذ المال ما يجري فيه الشح والضنة ولا يوجد في السكك
مجانا **قوله** البيع بالميتة والدم باطل قال الشارح هذا محتاج الى التاويل
فان بيع المنخنقة والموقوذة جايز عند الكفرة ذكر في التجنيس اهل الكفر اذا
باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم ولو باعوا ذبيحتهم
وهو ان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى تموت يجوز لانها عندهم بمنزلة
الذبيحة عندنا الا يرى ان المجوسي اذا ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان
ميتة عندنا هذا لفظه **قلت** قال ابو الحسن في الجامع الصغير في ذبيحة المجوسي
وكل شيء عندهم ذكوة كالتخنيق والوقذ فانه يجوز البيع بينهم عند ابي يوسف
فلو استهلكها مسلم ضمن القيمة وليست كالميتة حتف انفها وقال محمد رح هي والميتة
سواء وهكذا ذكر في التجنيس من غير خلاف محمد رح فعلى هذا يمكن ان يحمل عموم
قوله البيع بالميتة والدم باطل على مذهب محمد رح كما حمل قوله في كتاب الطهارات
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة على قول ابي
يوسف رح لانهما لم يجعلا الدفق شرطا **قوله** لا تعد مالا عند احد
فان قلت فكيف جاز بيع الحر عند شدة الحاجة على ما ذكرنا من المحيط والذخيرة
في باب المدبر من كتاب العتاق فعليك به **قلت** كانه يعتبر مالا عند الضرورة
والله اعلم **قوله** فاسد لوجود حقيقة البيع اي ليس بباطل لوجود حقيقة البيع
او ينعقد على وجه الفساد وقوله لوجود علة الانعقاد **قوله** فانه مال عند البعض

كان

كان من حقه ان يقول مال عندنا كما صرح به في الاسرار وكذا ذكر في المحيط
والا يصلح كون الخمر مالا من غير تعرض للبعض وكذا ذكر في الكتاب بعد
هذا بقوله ووجهه ان الخمر مال ولانه لو كان المراد من قوله فانه مال عند البعض
نفي ماليته عنده لا يصح دعواه بقوله البيع بالخمر والخنزير فاسد فانه لو لم يكن
مالا يكون الشراء به باطلا لا فاسدا كما لو اشترى بالدم فقوله مال عند
البعض غير مستقيم كذا في الشرح وقد اجيب بان معناه مال متقوم عند البعض
فقوله عند البعض متعلق بقوله متقوم لا بقوله مال **قوله** يكون امانة عند بعض
المشايخ **قلت** هذا القول يشكل بما اذا قال رجل ان كنت دخلت هذه الدار امس
فعبدي حر وقال الاخر ان كنت لم تدخل هذه الدار امس فعبدي حر ولم يدر ادخل
ام لا لم يعتق واحد منهما ولو تقايضا الحالفان عتقا وضمن كل واحد قيمة ما
اشترى لان كل واحد منهما مقر بفساد العقد حيث يقول بادلت ملكي بحر
الا انهما لم يصدقا فيما يرجع الى ابطال حق العبد وهو الشراء فحكمنا بصحة الشراء
ابتداء صيانة لحقهما عن البطلان حتى يعتقا بلا قبض لكنهما يطالبان بحكم
العقد الفاسد لاقرارهما به وحكم العقد الفاسد رد القيمة اذا تعذر
رد العين وقد تعذر بالعتق كذا ذكر في الكافي في باب اليمين بالعتق
فقد يضمن كل واحد من الحالفين قيمة ما اشترى مع انهما يزعمان ان العقد
باطل لان كل واحد يزعم انه اشترى حرا بعبد وشراء الحر باطل فيكون العقد
باطلا باتفاقهما مع ذلك يضمنان القيمة حيث يضمن كل واحد منهما قيمة
ما اشترى فلو كان المبيع في البيع الباطل غير مضمون وجب ان لا يضمن الحالفان
اللهم الا ان يكون في المسئلة روايتان ولكن المسئلة مذكورة من غير خلاف
قوله لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء **قلت** بل هو ادنى
منه اذ هو مقبوض بجهة العقد وجهة الشيء ملحقة بحقيقته فاما المقبوض
بالشراء الباطل فليس بمقبوض بالعقد لبطلانه ولا بجهة العقد اذ الباطل
لما كان معدوما صار كانه سلم اليه المبيع امانة بلا عقد وجهة عقد اذ
جهة الشيء انما يتصور فيما يتصور حقيقته وهنا لا يتصور حقيقة الشراء
لعدم ركنه او محله او فائدته فلا يتصور جهة الشراء ايضا ومتى انعدم العقد
وجهته بقي امانة فيهلك مجانا **قوله** والفاسد يفيد الملك اي الفاسد المطلق
بخلاف الفاسد الذي فيه خيار شرط فانه لا يفيد الملك بعد القبض
وذلك ان الفاسد لا يربو على الصحيح وانه لا يفيد الملك اذا كان مطلقا
ليس فيه خيار شرط فكذا الفاسد **قوله** حتى يملك ما يقابله وان كان
لا يملك عين الخمر والخنزير **فان قلت** قضية عقد المعاوضة المساواة

فاذا لم يجب الملك فی عين الخمر والخنزير ينبغی ان لا يجب فی مقابلة ايضا لان
ملك احد البدلين دون الاخر يفوت المساواة اجيب بان المساواة
انما يجب رعايتها لحق المتعاقدين فاذا اسقط احدهما حقه لم يجب رعايتها
كما لو سلم البايع المبيع قبل اداء الثمن وهنا لما اقدم على البيع بالخمر
والخنزير مع علمه بانهما لا يملكان فقد رضی بسقوط حقه فی المساواة
نعم يشكل ما مر من قوله وخيار المشتری لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البايع الا ان المشتری لا يملكه الى ان قال ولابی حنيفة رضی الله عنه
انه لما يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع فی ملكه لاجتمع البدلان
فی ملك واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له فی الشرع لان المعاوضة
تقتضی المساواة هذا كلامه ولا يخفى انه لو ملك صاحب الخمر العين
الذی اشتراه به ولا يملك الخمر مشتريه لبقی الخمر فی ملك صاحبه اذ لو
خرج عن ملكه لا الى احد يكون سايبة ولا عهد له فی الشرع فلزم ان يجتمع
البدلان اعنی الثوب والخمر فی ملك واحد حكما للمعاوضة ولا عهد له
فی الشرع فكان الممنوع هو اجتماع البدلين فی ملك احد على الصحة دون الفساد
اذ الملك الفاسد واجب الرفع فكان وجوده كعدمه قوله ووجه الفرق
ای بين بيع الخمر بالدين وبيعه بالعين قوله وكذلك الخنزير مال عند اهل
الذمة الا انه غير متقوم التقييد بقوله عند اهل الذمة يشير الى انه ليس بمال
عند اهل الاسلام وهو مال عندهم ايضا حتى يجری التوارث بالخنزير بين
المسلمين وما ليس بمال لا يملك بسبب من الاسباب ولهذا ذكر فی البعض
ان الخنزير مال مطلقا من هذا التقييد حيث قال واذا اشترى بالخمر
او الخنزير فقد ذكر مالا وانها متقومة فی حق اهل الذمة ولانه لو لم يكن
مالا عند اهل الاسلام لكان البيع بالخمر والخنزير باطلا فيما بينهم كالبيع
بالميتة المنخنقة والدم وهو فاسد لا باطل الا ان يمنع كون الخنزير مالا
عند اهل الاسلام وكون الخمر مالا عند الكل فصح تقييد مالية الخنزير بقوله
عند اهل الذمة ومالية الخمر فيما تقدمه بقوله عند البعض وذلك ان المال
ما يميل اليه الطبع ويجری فيه الشح والضنة ولا كذلك الخنزير فی حق المسلم
فان طبع المسلم ينفر عنه فلا يكون مالا فی حقه وكذا الخمر لا يميل اليه طبع
الزهاد انما يميل اليه طبع الفسقة والكفرة فكان مالا عند البعض واما
جريان التوارث وانعقاد البيع فيعتمد المالية فی الجملة وفی حق البعض
وعن هذا ظهرت النكتة فی تقييد مالية الخمر بقوله عند البعض دون ان يقول
عند اهل الذمة لانه مال عند بعض اهل الاسلام وتقييد مالية الخنزير

بقوله عند اهل الذمة دون ان يقول عند البعض لانه ليس بمال عند احد
من اهل الاسلام قوله وفی تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له اشار هنا
الى ان الشراء اعزاز للمشتری فلا يجوز شراء الخمر لانها مستهانة فلا يجوز
اعزازها وذكر فی كتاب الكراهة انه يكره بيع اراضی مكة عند ابی حنيفة رض
وعلله بقوله لانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيه
حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا فی حق البيع
هذا كلامه فقد اشار الى ان البيع استهانة بالمبيع فلا يجوز بيع ما هو
محترم شرعا وتحقيق ذلك ان البيع اعزاز للمبيع من حيث انه يجعل مقصودا
بالتملك بالعقد واستهانة له من حيث انه ابتذال فلا يجوز بيع ما هو مستهان
من كل وجه كالخمر لما فيه من اعزازه من وجه ولا بيع ما هو مكرم محترم
من كل وجه كاراضی مكة لانه استهانة من وجه بل يجب ان يكون المبيع مكرما
من وجه مستهانا من وجه والله اعلم قوله لما انها تجب فی الذمة ولو كان
مقصودا لاشترط تعيينه ووجوده واما المسلم فيه فقد اقيم الاجل الذی
يقدر به على كتسابه مقامه فكان موجودا متعينا حكما قوله لان مشتری
الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر
وقد يقال الامر فی حق مشتری الثوب كذلك اما مشتری الخمر فلا يقصد
بالعقد الا تملك الخمر والثمن وان كان تابعا بالنظر الى العقد من حيث انه
لا يتوقف على وجوده انما يتوقف على وجود المبيع فاما بالنسبة الى العاقد
فهو مقصود بالتملك لا سيما فی بيع المقايضة فان كل واحد من البدلين
فيه مبيع وان دخل الباء على احدهما فيتضمن البيع بالخمر اعزازه فی حق مشتريه
قوله ومعناه باطل فان قلت لو كان بيع هؤلاء باطلا لكان بيعهم
وبيع الحر سواء فيجب ان يفسد البيع فی القن اذا ضم اليه هؤلاء كما يفسد
بيعه اذا ضم اليه الحر وليس كذلك قلت المراد من البطلان هو ان لا يملك
هؤلاء عند اتصال القبض بهم كما يملك المبيع عند اتصال القبض فی ساير
البيوع الفاسدة كذا فی الشرح او نقول بطلان العقد عبارة عن عدم الانعقاد
وبيع هؤلاء غير منعقد فی حالة الانفراد وفی حالة الانضمام مع القن ان كان
ينعقد كان الانعقاد ليس فی انفسهم بل فی حق ما ضم اليه من القن فالعقد
فی هؤلاء غير منعقد فی انفسهم لعدم تصور حكم البيع فيهم والشیء كما يبطل
ببطلان محله يبطل ببطلان حكمه ايضا كبيع مال نفسه من نفسه فعلى هذا
يكون البطلان على الحقيقة ثم اعلم ان العقد فی شیء متى بطل لانعدام المحلية
لا يثبت حكم البيع فيما ضم اليه ومتى بطل لعدم الحكم يظهر الانعقاد فی حق ما ضم اليه

لان البطلان باعتبار عدم الحكم انما هو باعتبار عدم الفايدة وفي الانعقاد
في حق ماضم اليه فائدة فيجب القول به ثم المراد بقوله باطل البطلان الموقوف
دون البات حتى لو قضى بجواز بيع ام الولد والمدبر او رضي المكاتب ببيعه
ينقلب جايزا **قوله** وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية
بعد الموت هذا بنا فيما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه من قوله وفي المدبر
ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده هذا اللفظ
فقد ذكرناه هنالك فعليك به **قوله** وقالا عليه قيمتها وهو رواية
عنه اي عن ابي حنيفة رح **فان قلت** ام الولد غير متقومة عنده فكيف يجب
قيمتها على هذه الرواية **قلت** انها ان لم تكن متقومة لكنها محترمة وهذا
القدر يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفى احد الاولياء
يجب المال للباقين كذا في الشاهان **وفيه نظر** لان احترامها لو كان
يوجب ضمان البيع لاوجب ضمان الغصب ايضا وليس كذلك اللهم الا ان
يلتزم ويقول انها كما يضمن بالبيع على هذه الرواية يضمن بالغصب ايضا وذكر
الشارح المحقق ان الروايتين عن ابي حنيفة في حق المدبر اما في حق ام الولد
فقد اتفقت الروايات عنه انها لا تضمن بالبيع والغصب فعلى هذا لا اشكال
اصلا وذكر في الشاهان في كتاب المكاتب ان في تقوم ام الولد روايتين
عن ابي حنيفة رح فكان الامر في تصحيح قوله وهو رواية عنه اسهل ولكن
ما ذكر الشارح من انه اتفقت الروايات عنه في حق ام الولد انها لا تضمن
بالبيع والغصب يدل على انها غير متقومة عنده باتفاق الروايات اذ لو كانت
متقومة في رواية لكانت مضمونة بالبيع والغصب في تلك الرواية اذ الضمان
يدور مع التقوم وجودا وعدما فلا يكون الروايات متفقة في انها لا تضمن
بالبيع والغصب **قوله** بخلاف في البيع حتى يملك ما يضم اليهما من القن
ملكا صحيحا ولو لم يدخلا فيه لكان الملك في القن فاسدا يجب نقضه
حيث يكون بيع القن المضموم اليهما حينئذ بيعا بشرط قبول العقد في غير المبيع
ان فصل الثمن او بالحصة ابتداء ان لم يفصل **قوله** بخلاف المكاتب لانه
في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وقد يشكل هذا
بما اذا اشترى جارية فكاتبها ثم قبضها فحاضت عنده بحيضة ثم عجزت عن اداء
بدل الكتابة فانه يجتزئ بالحيضة التي حاضت حال الكتابة ولا يجب عليه
الاستبراء بحيضة اخرى ووجه الاشكال ان الحيضة التي هي بعد الشراء
قبل القبض لا يجتزى به في الاستبراء فلو كانت المكاتبة لا يتحقق فيها القبض
لما سقط الاستبراء بالحيضة التي حاضت قبل العجز عن اداء بدل الكتابة

لانها

لانها حيضة قبل القبض فلا يسقط به الاستبراء ولئن ثبت ان الكتابة
نفسها قبض كالاعتاق والتدبير اتفاقا والتزويج في رواية عن ابي يوسف رح
فان اعتبرت قبضها كقبض الحايض والمحرمة ويجعل الحرمة عارضة لزم ان يسقط
الاستبراء اذا حاضت في يد البايع وذلك خلاف ما يشير اليه لفظ الكتاب
في فصل الاستبراء ان شاء الله تعالى والا لزم ان لا يجب الاستبراء اصلا
لان سببه القبض الممكن من الوطئ ولم يوجد **قوله** ولم يسد عليها المدخل
لعدم الاحراز بمجرد الاجتماع في ملكه الا يرى انه لو باض الطير او فرخت
لم يملك لعدم الاحراز فيها اولى فان قيل لو عسل النحل في ارضه فالعسل
يملك بمجرد الاتصال بملكه من غير ان يحرزه او هيأ له موضعا قبل العسل
يصير قايما بارضه على وجه القرار فيصير تابعا لارضه كالزرع ينبت فيها
بخلاف بيض الطاير وفرخها والسمك المجتمعة في الارض بانفسها فانها
ليست فيها على وجه القرار كذا في الشرح لا يقال لو كان الاتصال بالارض
المملوك على وجه القرار احرازا لكان ينبغي ان يصير الكلاء النابت في الارض
المملوك مملوكا لصاحبه لانها تملك بالاحراز لانا نقول انما لا تملك بالنص وهو
قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث الماء والكلاء والنار والمراد
الكلاء النابت في الارض المملوك اذ لو اريد النابت في غير مملوك لاحد لم يستقم
الحصر على الثلث لان هذا الكلاء مباح وكل المباح يشترك فيه الناس نعم
قد بينا فتن في دعوى اتصال العسل والزرع بالارض على وجه القرار لما
سبق ان الزرع كالمتاع الموضوع في الدار حتى لا يدخل في البيع من غير ذكر
والعسل ادنى حالا من الزرع وجوابه تقدم **قوله** ولا بيع الطير في الهواء
وذكر الامام التمرتاشي رح ولو باع طايرا يذهب ويجيء كالحمام فالظاهر انه
لا يجوز وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طايرا له في الهواء ان كان
داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز والا فلا **قوله**
ولو ارسله من يده بغير مقدور التسليم يشير الى ان الصيد بعد ارساله
وطار في الهواء لا يخرج عن ملكه **فان قلت** وجب ان يخرج لان انتهاء الاحراز
هو السبب لملك الصيد كما يخرج المال عن ملك المسلم بعد انتهاء احرازه باستيلاء
الكافر على ما مر في الكتاب **اجيب** بان الاحراز بالدار يكفي لبقاء الملك
حتى ان الكافر لا يملك مال المسلم ما دام في دار الاسلام فكذا الصيد ما دام
ما دام في دار الاسلام فهو في حرز المالك حكما حتى لو دخل دار الحرب
فالظاهر انه لا يبقى في ملك مالكه **قوله** لانه من اوصاف الحيوان فصار
كاطرافه **قلت** اذا باع الصوف على ظهر الغنم فلا يخلو ان يدخل اصوله في البيع

اولا فان دخل فسد البيع لانه لا يمكن قلعه كما لا يمكن قطع طرف من اطرافه
وان لم يدخل اختلط المبيع بغيره لانه ينبت من اسفل فههنا ان التعليلان
بناء على هذا الترديد وبه يسقط ما يقال على الاول انه انما لا يجوز بيع
سائر اجزاء الحيوان لكونه غير مقدور التسليم وهذا الجزء مقدور التسليم
لامكان تسليمه من غير ضرر بالبايع بان يجز فيسلم قوله ولانه ينبت
الخ فان قلت يمكن الاحتراز عن هذا الاختلاط بان خضب الصوف
بالحناء او غيره ثم يبيعه فيكون المخضوب للمشتري وغيره للبايع قلت
لا يجوز للدليل الاول انه من اوصاف الحيوان فانه يدل على عدم جواز
البيع مطلقا عند الخضاب وغيره وفيه نظر لان التعليل الاول على تقدير
ان يدخل اصول الصوف في البيع والا لم يصح لما ذكرنا والثاني على تقدير
ان لا يدخل اصوله في البيع فلا يمكن احالة عدم الجواز عند الخضاب على التعليل
الاول يعرف بالتامل بل الظاهر انه بالحديث وهو انه عليه السلام نهى
عن بيع الصوف على ظهر الغنم قوله ولانه ينبت من اسفل الخ يشكل ببيع
الكندنا قالوا يجوز وان كان ينمو من اسفل فالفرق الصحيح ان القياس
في القوايم ان لا يجوز لانه اختلط المبيع بغيره لان النماء الحاصل في الاعلى
يكون من اصل الاسفل الا انا تركنا القياس للتعامل كما في الاستصناع
كذا ذكر في الخزانة قلت قوله في الفصيل لا يمكن قلعه يقلع هذا الاشكال
قوله والقطع في الصوف متعين اي موضع القطع في الصوف متعين
فعلى هذا يفرق بين القوايم والصوف وفي بعض النسخ غير متعين فعلى هذا
يكون للفرق بين الفصيل والصوف كذا في الحاشية فكانه سهو من الكاتب
اذ لو كان المعنى موضع القطع في الصوف متعين لم يستقم قوله فيقع
التنازع في موضع القطع لان تعين موضع القطع يقلع التنازع فيه ضرورة
انه انما يقع لجهالة موضع القطع ولا جهالة مع التعيين ولانه لو كان المعنى
هكذا لم يصلح هذا للفرق بين القوايم والصوف اذ تعين موضع القطع يقتضي
ان يجوز بيع الصوف كما يجوز بيع القوايم ثم على ان يكون النسخة غير متعين
انما يصلح للفرق بين الفصيل والصوف اذا كان موضع القطع في الفصيل
متعينا لكون المعنى وموضع القطع في الصوف غير متعين فيقع التنازع
فلا يجوز بيعه وفي الفصيل موضع القطع متعين فلا يقع التنازع فيه فيجوز
ولا يخفى ان موضع القطع في الفصيل كموضع القطع في الصوف انما يفترقان
في القطع والقلع فالصواب ان يقال لو كانت النسخة والقطع في الصوف
متعين فالمقصود هو الفرق بين مسئلة الصوف ومسئلة الفصيل اي القطع

فى الصوف

في الصوف متعين ولا يجوز فيه القلع فيقع التنازع في موضع القطع لان موضعه
غير متعين وان كانت النسخة والقطع في الصوف غير متعين فالمعنى وموضع القطع
في الصوف غير متعين فكان الفرق بين مسئلة القوايم ومسئلة الصوف
من حيث ان موضع القطع في القوايم متعين فيجوز بيعه وفي الصوف غير متعين
فلا يجوز قوله حيث جوز بيعه فيما يروى عنه وما ذكر انه يختلط المبيع بغيره
فجوابه ان التسليم في البيع بتعجيل والزيادة في هذه المسئلة نادر قوله
لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فعد عاجزا حكما والعجز عن التسليم مفسد للبيع واقول
اذا لم يمكنه التسليم الا بضرر يتوانى في التسليم ويماطله فيه عادة اذ المرء لا يتجاسر
على الحاق الضرر بنفسه والمشتري يطالبه فيفضي الى المنازعة فيفسد اما اذا
قلع فقد زال المانع فيعود الى الجواز نعم يشكل بما اذا باع ارضا فيها زرع لم يحصد
فانه يجوز مع انه لا يمكنه تسليمه الا بضرر يلحقه حيث لو امر بقلع الزرع وهو يتضرر
بالقلع وجوابه انه يمكن دفع الضرر في بيع الارض وفيها زرع بان يستاذن
من المشتري ان يترك الزرع في الارض الى ان يستحصد ولا يطالبه المشتري
بتسليمه الى وقت الحصاد فلم يكن ضررا لازما فلا يعد ذلك عجزا عن التسليم
بخلاف بيع الجذع في السقف فان الضرر فيه لازم حيث لا يمكن تسليمه بحال
الا بضرر نقض البناء ولا كذلك ههنا لانه يمكنه التسليم بدون الضرر في الجملة
قوله مثل كيله خرصا تمييز من مثل كيله اي مثل كيل التمر الذي على رؤس النخيل
من حيث الحزر والظن لا من حيث الكيل الحقيقي او الوزن الحقيقي قوله العرية
في اللغة العطية وذكر في شرح الطحاوي العرية في اللغة اسم للنخلة التي يعريها
الرجل من جملة نخيله اي يستثنيها ويفردها وقيل هي من قولهم اعريته النخلة
اي اطعمته ثمرتها هبة او بيع بعروها متى شاء اي ياتيها فياكل رطبها فعيلة بمعنى
مفعولة قوله وتاويله ان يبيع المعرى له الخ قلت هذا التاويل يرده
حديث زيد بن ثابت وهو انه سمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله
عليه السلام ان الرطب ياتي ولا نقد بايديهم يتبايعون به رطبا ياكلون
مع الناس وعندهم فضول قوتهم من التمر فرخص لهم ان يتبايعوا العرايا
بخرصها من التمر وكذا يرده حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق
ولو كان تاويله ما ذكر لم يكن للتخصيص بما دون خمسة اوسق وجه وايضا
استثنيت العرية من المزابنة في الاحاديث الصحيحة وانه يدل على انها نوع
من المزابنة وكذا لفظ رخص يدل عليه نعم لقائل ان يقول ان الحاجة
المذكورة للمحتاجين الذين لا نقد لهم تندفع بجواز شراء الرطب المجذوذ

صراح
الخرز اندازه کردن
صراح
خرص خرز کردن میوه بر درخت کشت بر زمین

بالتمر كيلا بكيل وانه جايز عند ابي حنيفة فالحاجة متى ارتفعت بما يحل شرعا لم يصح القول لدفع تلك الحاجة بالرخصة فيما يحرم شرعا وشبهة الربوا حرام حتى لو باع صبرة بصبرة لا يعرف مقدارهما او مقدار احدهما لا يجوز اتفاقا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا ولا شك ان في شراء الرطب على الشجر بتمر مجذوذ شبهة الربوا فكان حراما ومثله انما يرخص عند الضرورة والضرورة التي ذكرت من احتياج الفقراء الذين لا نقد بايديهم ولهم فضل قوت من التمر تندفع بجواز شراء الرطب المجذوذ بالتمر المجذوذ فلا يحتاج لدفعها الى ان يرخص بما فيه شبهة الربوا قوله ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها قال الامام التمرتاشي ولم يذكر ان الاجارة وقعت فاسدة ام باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى تملك الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها وانه يشكل بما مر انه اذا اشترى الثمار على النخيل مطلقا وتركها على النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب للجهالة فاورثت خبثا هذا لفظه فقد حكم ببطلان استيجار النخل ليبقى عليه الثمار الى ان يدرك وعلله بعدم التعارف والحاجة ولا يخفى ان اجارة الكلاء ايضا ليست بمتعارفة ولا مست الحاجة اليها لانها توجد مباحا ولا حاجة الى استيجارها فيجب ان يكون اجارتها ايضا باطلة لا فاسدة كما ذكره التمرتاشي قوله والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه مشكل فان بيع سباع الطيور التي يصاد بها كالبازي والشاهين جايز مع انها لا ينتفع بعينها بل بما يصيد والنحل ليست بادنى من طيور الصيد وكذا جاز بيع الكلب لانه ينتفع حراسة واصطيادا ولا يخفى ان الانتفاع به اصطيادا ادنى من الانتفاع بالنحل في استخراج العسل منه نعم ينتفع بعين الكلب في الحراسة لانها تقام بذاته ولكن الفهد والاسد لا ينتفع به الا في الاصطياد وفائدة استخراج العسل من النحل لا يكون اقل من فائدة الاصطياد من هذه الموذيات قوله لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء ويشكل الفرق بين عود الابق بعد البيع وقلع الجذع في السقف حيث ينقلب بيع الجذع صحيحا بعد ما وقع فاسدا ولا ينقلب بيع الابق صحيحا بعد عوده الى الاباق مع ان المانع قد زال في كل منهما الا ان يحمل هذا الجواب رواية في بيع الجذع والله اعلم قوله ولنا ان جزء الادمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون فلا يجوز بيعه تكريما وله نوع منافرة مع قوله ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين

فلا يجوز بيعه اهانة له فقد جعل عدم جواز البيع استهانة وفيه اشعار بان في جواز بيعه تكرمة وقد جعل ولا جواز البيع دليل اهانة اللبن الذي هو جزء الادمية وانه يشعر بان في جواز بيعه استهانة به وانه تناقض ظاهر وحله ان البيع تكريم من وجه استهانة من وجه فلا يجوز بيع ما هو مكرم من كل وجه كالادمي مع جميع اجزائه ولا بيع ما هو مهان من كل وجه كما حققناه من قبل قوله لان اطلاق الانتفاع به دليل على طهارته مشكل اذ السرقين مطلق الانتفاع به حيث يجوز ان يلقى في الاراضي لكثرة الريع ويجعل وقودا الا ان يقال جواز الانتفاع انما يكون دليل الطهارة اذا كان مع ابقاء عينه كشعر الخنزير حيث ينتفع به مع بقاء عينه اما السرقين فينتفع به باستهلاكه والاقتران بالنجاسة للاستهلاك جايز فلا يكون ذلك دليل الطهارة قوله فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا ولو من وجه والبيع اهانة بالمبيع كما عرف قوله قرون النساء في الصحاح القرن الخصلة من الشعر قوله وذوايبهن جمع ذوابة وكان الاصل ذاايب لان الالف التي في ذوابة كالالف التي في رسالة حقها ان تبدل منها همزة في الجمع ولكنهم استثقلوا ان تقع الف الجمع بين الهمزتين فابدلوا من الاولى واوا كذا في الصحاح قوله لانه غير منتفع به اي غير جايز الانتفاع والا فعدم كونه منتفعا به في الحال لا ينافي جواز البيع بل يكفيه الانتفاع المالي كالجحش والتمر الذي لم يبد صلاحها على ما مر من انه جايز الانتفاع في المال والاهاب مما ينتفع به في المآل بالدباغة او يقال انه وان كان ينتفع به لكن بعد تغير وصفه الذي هو تمييز ويعتبر الذات وتوهم مثل هذا الانتفاع لا يكفي لجواز البيع قوله حتى يباع عظمه وينتفع به اي بعظمه او بنابه وفي الذخيرة ان بيع الفيل جايز لانه منتفع به حقيقة وشرعا كساير الحيوانات قوله لانه حظ من الماء والماء عين ينتفع به فكان مالا فان قلت انه وان كان عين مال لكنه ليس بمملوك قبل الاحراز بالاولى وكما يشترط المالية لجواز البيع يشترط الملك ايضا حتى لا يجوز بيع الطير في الهواء قبل الاخذ لعدم الملك على ما مر اجيب بالتزام انه مملوك حتى لا يجوز لغيره ان يسقي به ارضه بلا اذن صاحبه ولو استهلكه ضمن وانما لا يكون له منع الغير عن الشفة لحاجة الناس فجعل كالمشترك في حق الشفة للضرورة فيبقى فيما وراءه على الملك الخاص لا يقال انه ليس بمحرز فكيف يكون مملوكا لان حفر النهر واعداده لامساك الماء لكن لم يعتبر بهذا الاحراز في حق الشفة لشدة حاجة الناس الى الشرب وسقي الدواب قوله ان حق المرور معلوم فان قلت نعم هو معلوم ولكنه ليس بمال

اذ المال لا يكون الا عينا اجيب بانه وان لم يكن عينا فهو متعلق بمحل هو عين ما
فاعتبر عينا حكما نعم يشكل بحق الشفعة فانه وان كان متعلقا بعين باقية
وهو الارض ولكنه لم يعتبر مالا حتى لا يجوز بيعه ولا الصلح عليه بمال وجوابه
ما سيأتيك في الصلح من قوله وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال
حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك هذا لفظه فاما حق المرور
فحق يتعلق بالارض فجاز ان يلحق به قوله والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرنا
في كتاب النكاح لمحمد رح اي ذلك الاصل هو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك
الاصل المتفق عليه في وجه قول محمد رح في مسئلة ما اذا تزوجها على دن من الخل
فاذا هو خمر فلا تفاقهم على ذلك الاصل لم يقع الاختلاف ههنا اي فيمن باع
جارية فاذا هو غلام كذا في الشرح وذكر الشارح في كتاب النكاح ما يدل
على ان هذا الاصل ليس بمتفق عليه حيث قال ثم الاصل عندهم هو ان المعتبر
هو الاشارة عند ابي حنيفة رح في الفصول كلها حتى اذا لم يكن المشار اليه مالا
كان لها مهر المثل وعند محمد رحمه الله في الجنس الواحد يعتبر الاشارة
وفي الجنسين يعتبر التسمية وعند ابي يوسف رح يعتبر التسمية في الفصول
كلها هذا لفظه ثم لو كان هذا الاصل متفقا عليه فوجه الاختلاف في مسئلة
ما اذا تزوجها على هذا الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر
حيث يجب عند ابي حنيفة رح مهر المثل في الوجهين وعند ابي يوسف رح
يجب مثل وزنها خلا في الوجه الاول والقيمة في الثاني ومحمد رح مع ابي يوسف
في الاول ومع ابي حنيفة رح في الثاني انهم اختلفوا في ان الخل مع الخمر والعبد
مع الحر جنسان ام جنس واحد فوقع عند ابي حنيفة رضي الله عنه جنس واحد
فيتعلق العقد بالمشار اليه وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل ووقع عند
ابي يوسف رح انهما جنسان فيتعلق العقد بالمسمى وقد عجز عن التسليم فيجب
قيمته او مثله ووقع عند محمد رح ان الخل والخمر جنسان والعبد والحر جنس
واحد فيتعلق العقد في الاول بالمسمى فيجب المثل وفي الثاني بالمشار اليه
فيجب مهر المثل قوله وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه
وينعقد لوجوده فانما كانت العبرة للتسمية في مختلفي الجنس لان التسمية
ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات والتسمية لاعلام
الماهية وانه امر زايد على اصل الذات فعلقنا الحكم بالمسمى واما اذا كان المشار
اليه من جنس المسمى كانت العبرة للاشارة لان ما سمي وجد في المشار اليه
فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه فبقيت الاشارة لتمييز الذات

فلذلك

فلذلك تعلق الحكم بالمشار اليه كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلمعارض
ان يقول بل الاشارة ابلغ في التعريف لان المسمى قد يشاركه في التسمية غيره
والمشار اليه لا يشاركه في الاشارة غيره وجوابه ان الاشارة ابلغ من هذا
الوجه والتسمية ابلغ من الوجه الذي ذكر فاعتبرنا التسمية اذا كانت مقصودة
بالذات ولم يكن المقصود بها المدح او الذم والاشارة اذا كان المقصود بالتسمية
المدح او الذم على ما سنذكر عملا بالوجهين بالقدر الممكن واما ثانيا فلانه لو وكل
لو وزن الف درهم بين يدي الوكيل والوكيل ينظر اليها فقال اشتر لي بهذه المائة
الدينار جارية فاشترى جارية بمائة دينار كما سمي كان مشتريا لنفسه ولو اشترى
بتلك الدراهم جاز على الآمر وكذا اذا قال اشتر لي بهذا الالف الفلس
جارية فاشترى لي بالفلس كما يسمي كان مشتريا لنفسه ولو اشترى بتلك الدراهم
جاز على الآمر وتعلقت الوكالة بالمشار اليه دون المسمى مع انهما مختلفان
جنسا وكذا لو دفع اليه كيسا وامره ان يشتري له جارية بهذه الالف
الدراهم التي في هذا الكيس وهلك الكيس بما فيه في يدي الوكيل وتصادقا
ان الدراهم ستوقة او رصاص ثم اشترى الوكيل جارية للآمر بالف درهم
وهما عالمان بما في الكيس وقت الدفع وكل واحد عالم بعلم صاحبه ايضا يصير
مشتريا لنفسه وتعلقت الوكالة بالمشار اليه مع ان المسمى من خلاف الجنس
المشار اليه وكذا لو قال لغيره بعت منك هذا الحمار واشار الى عبد قايم
سهما فقال الآخر اشتريت انه يجوز العقد نص عليه في الذخيرة فتعلق العقد
بالمشار اليه مع ان العبد مع الحمار جنسان مختلفان وكذا لو قال بعت منك
هذا الفرس ويشير الى الحمار الا ان يقال انما يعتبر التسمية في مختلفي الجنس
وتعلق الحكم بالمسمى دون المشار اليه اذا كانت التسمية مقصودة بالذات
اما اذا كان المقصود بها المدح والترويج او الذم والتحقير فالمعتبر هو
الاشارة والحكم متعلق بالمشار اليه دون المسمى لان الاشارة حينئذ
مقصودة بالذات والتسمية مذكورة للغير والمقصود بالذات احق بالاعتبار
وفيما ذكر من المسائل التسمية اما للمدح او الذم فيعتبر الاشارة غير ان
تعين التسمية للمدح او للذم في مسائل الوكيل انما يمكن اذا كان كل منهما
عالما بالمشار اليه ويعلم صاحبه به ايضا اما اذا كانا جاهلين او احدهما
جاهلا والآخر عالما او كانا عالمين ولكن لا يعلم كل بعلم صاحبه فلا يمكن
تعينها للمدح او الذم فيعتبر المسمى دون المشار اليه كما هو الاصل حتى لو قال
اشتر لي جارية بما في هذا الكيس من الدراهم وهي الالف واشتر بهذه الالف
التي في هذا الكيس جارية ودفع الكيس الى الوكيل وفيه الف دينار او الف فلس

فاشترى جارية بالف درهم كما امر به فالشراء جايز على الامران كانا جاهلين
بحال المشار اليه او كان احدهما جاهلا او كانا عالمين غيران كلا منهما
لا يعلم بعلم صاحبه اما اذا كانا عالمين به ويعلم صاحبه به فاشترى بالمسمى
كان الشراء للوكيل وتعلق الوكالة بالمشار اليه لما ذكرنا ثم يشكل بما
اذا كان في الكيس تسعمائة والمسئلة بحالها فان المسمى هنا من جنس المشار اليه
مع انه يتعلق الوكالة بالمسمى في الصور الثلثة الاول دون المشار اليه حتى
لو اشترى جارية بالف كما سمى كان للامر وجوابه ان القياس يقتضى كذلك
غير انه يتعلق الوكالة بالمسمى دفعا الضرر عن الوكيل لان الوكيل يشترى بالمسمى
بناء على ظاهر الوكالة ولو تعلقت الوكالة بالمشار اليه ينفذ الشراء على الوكيل
فيتقرر الثمن عليه من غير رضاه وفيه من الضرر ما لا يخفى فلهذه الضرورة
تعلقت الحكم بالمسمى في متحدي الجنس ومواضع الضرورة مستثناة عن القواعد
فلا يكون من باب نقض القاعدة ثم يشكل ايضا بان تسمية الغلام جارية
يحتمل ان تكون للتحقير كانه يشير بها الى انه انثى تحقيرا لشانه كما يسمى العبد
حمارا فيما اذا قال بعت منك هذا الحمار مشيرا الى العبد وجوابه ان التحقير
انما يتاتى اذا قال بعت هذا الانثى مشيرا الى الغلام اما اطلاق لفظ الجارية
فلا يشعر بالتحقير على ما لا يخفى قوله ويبطل لانعدامه اشارة الى ان هذا
البيع باطل وبه قال البعض وقيل فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى
واشار الى غيره فصار كانه باع شيئا على ان يسلم غيره وذلك فاسد قوله
الذكر والانثى من بني ادم جنسان اي نوعان داخلان تحت جنس وهو الانسان
وذلك ان الجنس عند الفقهاء ما يكون احاده مختلف الاغراض والنوع ما يكون
احاده متفق الاغراض فهم يعتبرون الاختلاف والاتفاق في الغرض
حتى سموا الانسان جنسا والرجل نوعا كما نص عليه في البزدوي وفي اصطلاح
اهل المنطق الاعتبار للاتفاق والاختلاف في الماهية فما كان افراده
متفق الماهية فهو نوع وما كان افراده مختلف الماهية فهو جنس فالحيوان عندهم
جنس والانسان نوع والرجل صنف قوله وهو المعتبر في هذا دون الاصل
اي التفاوت في الغرض هو المعتبر في اختلاف النوع واتحاده دون التفاوت
والاتحاد في الماهية كما هو مصطلح المنطقيين قوله ولنا قول عايشة رضي الله عنها
روي ان امراة دخلت على عايشة رض وقالت بعت من زيد بن ارقم جارية
بثمان مائة الى العطاء وقبضتها وبعتها منه قبل نقد الثمن بستمائة فقالت
عايشة الخ كذا في الحاشية وفي الشرح امراة دخلت على عايشة فقالت
بعت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة الى العطاء ثم اشتريتها منه بستمائة

قبل محل

قبل محل الاجل فقالت عايشة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم
ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب
فاتاها زيد معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
وهذا دليل على ان فساد العقد كان معروفا فيما بينهم وانها سمعت ذلك
من رسول الله عليه السلام لان اجزية الجرايم لا تعرف بالراي وقد جعلت
جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد واعتذار زيد دليل
على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر كذا
كذا في الشرح وفيه بحث اما اولا فلان قولها ابطل حجه وجهاده الخ
محمول على تغلظ الجناية اذ السيئة لا تذهب بالحسنة فلا يدل على السماع
كيف وقد روي انها لما اخبرت عما صنعت تلك المراة فتلت اية الربوا
وذا يدل على انها قالته بالراي واما ثانيا فلان شراء البايع من مشتريه
قد جعل في الحكم كشراء عبد اخر الا يرى ان المولى اذا اذن عبده في التجارة
فركبته الديون فبيع ولم يف الثمن بديونهم ثم اشتراه المولى فانه لا يباع
في الدين ثانيا وعللوه بانه في الحكم بمنزلة شراء عبد اخر لان اختلاف
سبب الملك كاختلاف العين وكذا اذا اذن المولى عبده ثم باعه ولا
دين عليه فانه يحجر ولا يصح اقراره فيما في يده من الكسب وعللوه بان العبد
قد تبدل بتبدل الملك فلا يبقى له ما ثبت بحكم الملك فينبغي ان يصح شراء
ما باع باقل مما باع لانه في الحكم كشراء عبد اخر وانه جايز فكذا هذا الا يرى
انه لو اشترى ذلك العبد من المشتري الثاني باقل مما باع جاز لهذا المعنى
فان قلت انما لا يجوز لما فيه من شبهة الربوا قلنا لو لم يكن لتبدل الملك
حكم تبدل العين لكان فيه شبهة الربوا ولكن لما ثبت ذلك نزلت الشبهة
الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وجوابه سيأتي ان شاء الله تعالى قوله
بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قلت ذكر
في حيل الذخيرة اذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن
او على العكس والثاني اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا وعلى ما ذكرهنا
من ان فساد البيع باعتبار ظهور فضل خال عن العوض في احد الجانبين وانه
لا يظهر ذلك عند المجانسة وجب ان يصح الشراء الثاني في هذه المسئلة
لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الثمنين درهما ودينارا حتى لا يجري ربوا
الفضل بينهما واعتبرا في حق الربوا جنسين مختلفين قوله ويبطل في الاخرى
اي يفسد فان قيل ينبغي ان لا يفسد في التي اذا اشتريها المشتري بخمسمائة
لو باعها واخرى معها من البايع بالف وخمسمائة لان عند تقسيم الثمن يصيب كل واحد

اكثر من خمسمائة قلنا انما فسد لان جهات جواز العقد فيها تكثر لانا لو جعلنا
بازاء ما باعها الفا جاز ولو جعلنا الفا وحبة جاز ايضا ثم فثم واذا تعدد
جهات الجواز وليس البعض اولى امتنع الجواز كذا في الشرح وفيه بحث اما
اولا فلانه كما تعارضت جهات الجواز تعارضت جهات الفساد ايضا لانا
لو جعلنا بمقابلة المشتراة اربعمائة فسد ثم فثم فينبغي ان لا يحكم بالفساد
ايضا للتعارض واما ثانيا فلانه لو باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع صرفا للجنس الى خلاف الجنس مع ان صرف الجنس الى خلافه ليس بطريق
متعين لجوازه لانه امكن ان يقابل درهم من هذا الطرف بدرهم من ذلك
الطرف ودرهم اخر من هذا الطرف بدينار من ذلك الطرف فيكون الدرهم
بمقابلة الدرهم والدرهم الاخر بمقابلة الدينار والدينار بمقابلة دينار اخر
فقد حمل على الجواز مع تعدد جهته وجواب هاتين الشبهتين سياتيك
في الصرف ان شاء الله تعالى قوله اولانه ضعيف لكونه مجتهدا فيه هذا
يشكل بما اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد منهما ودفع راس
المال فان السلم في الزيت لا يجوز وان كان الفساد في هذا العقد مجتهدا
فيه فان اسلام الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي كذا في الشاهان وفيه نظر
لانه ان اراد باسلام الحنطة في الشعير والزيت اسلامها فيهما مؤجلا لم يصح
قوله فان اسلام الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي لانه لا يجوز بيع الطعام
بالطعام نسيئة لانه يشترط التقابض في بيع الطعام وان اراد اسلامها
فيهما حالا كان العقد فاسدا عندنا في الشعير والزيت جميعا باعتبار الحلول
لا بطريق سراية الفساد وكان جائزا عنده فيهما جميعا فلم يكن نظير ما نحن فيه
فلم يصح النقض به وفي الكافي في باب السلم ولو اسلم كر بر في كر شعير وكذا
منا من الزيت بطل في حق الشعير عندهم لان الكيل يجمعهما وبطل في حصة
الزيت عنده اي عند ابي حنيفة رح ايضا لجهالة قدر راس مال الزيت من البر
اذ معرفة قدر راس المال شرط عنده واذا قوبل بشيئين مختلفين كان الانقسام
بطريق القيمة وذا يعرف بالحزر والظن فكان مجهولا حتى لو بين حصة كل
واحد منهما يصح لارتفاع الجهالة هذا لفظه وانه تصريح بجواز السلم في الزيت
اذا اسلم كر بر في كر شعير وكذا منا من الزيت اذا بين حصة كل واحد منهما
وقد نص في الشاهان بعدم جواز السلم في الزيت وان بين حصة كل واحد
منهما وهو الموافق لما ذكر في الكافي هنا ان فساد العقد في البعض اذا كان قويا
مجمعا عليه يسري الى الكل وفساد اسلام البر في الشعير فساد مجمع عليه اما عندنا
فلان اتحاد القدر يحرم النسا واما عند الشافعي فلاشتراط التقابض عنده

في بيع الطعام وانه فايت اذا كان احد العوضين في الطعام والاخر موجلا
كما هو طريق السلم نعم استصعب الشارح المحقق هذا التعليل بما اذا اسلم قوهية
في قوهية ومروية بطل السلم في الكل مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه
مع ذلك يتعدى فساده الى الكل وجوابه ان مجرد الاختلاف لا يوجب
كون الحكم مجتهدا فيه بل المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا للكتاب والسنة المشهورة
والاجماع وقول الشافعي رح في جواز النسيئة خرق للاجماع الصحابة فانهم
اتفقوا على حرمة النسا كذا ذكر الشارح في باب الربوا نقلا عن الايضاح
فلا يصير الحكم بمخالفته مجتهدا فيه فلا يتعدى الفساد الى الكل وبهذا ايضا
يسقط ما قيل انه لو جمع بين الذبيحة ومتروك التسمية عامدا فسد البيع
في الكل مع ان الفساد في متروك التسمية عامدا مجتهد فيه وذلك ان القول
بحل متروك التسمية عامدا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما
لم يذكر اسم الله عليه ومخالف للاجماع فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة
اذا ترك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان
متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجوازه لا ينفذ
قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع قوله اولانه باعتبار شبهة الربوا وذلك
لان الالف وان وجب للبايع لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري
عيبا فيرد فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير
البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة بالحقيقة
ملحقة في باب الربوا احتياطا ولما ان للتاكيد شبها بالايجاب كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا كذا في الشرح وفيه نظر لان هذا الوجه يقتضي
ان لا يجوز شراء ما باع باقل مما باع بعد نقد الثمن ايضا اذ الثمن بعد النقد
ايضا على شرف السقوط برد المبيع بالعيب وبالثاني يقع الامن عنه وليس
كذلك ولان الشارح صرح في التولية والمرابحة نقلا عن فوايد الامام
حميد الدين ان للتاكيد شبهة الايجاب في حق العباد لا في حق الشرع
وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى فالاولى ان يقال شبهة الربوا هنا من حيث
انه يعود اليه كل راس ماله مع زيادة ليس بها عوض وضمان ثم هنا بحث
وذلك ان فساد شراء ما باع باقل مما باع لو كان باعتبار شبهة الربوا لصح
شراء من لا يقبل شهادته للبايع باقل مما باع كالولد والوالد والزوجة
والعبد والمكاتب لما ان الشبهة في حقهم نازلة والمعتبر هو الشبهة
دون النازلة عنها وكما لا يجوز شراء البايع باقل مما باع لا يجوز شراء
من لا يقبل شهادته له باقل مما باع ايضا وانما قلنا ان الشبهة في حقهم نازلة

لان الاصل فى حرمة هذا البيع هو البايع والحرمة فى حق هؤلاء باعتبار اتصال
منافع الاملاك فيما بينهم فمتى كان فى حق البايع شبهة الربوا كان فى حقهم
شبهة الشبهة وهى غير معتبرة وكذا لا يصح شراء البايع بالاقل من وارث
المشترى فلو كان الحرمة لشبهة الربوا الصح كتنزل الشبهة فى حق شرائه
من وارث المشترى الى شبهة الشبهة من حيث ان ملك الوارث متجدد
من وجه على ما عرف فعلم ان حرمة هذا الشرى مضافة الى اثر عايشة رضى
الله عنها لا الى ما فيه من شبهة الربوا وان كانت معلولة بها اذ حكم النص
فى حق الاصل مضاف الى النص لا الى العلة وما حرم بالنص حرم شبهته ايضا
احتياطا الا ان يقال اثر عايشة رضى الله عنها لكونه من الاحاد يحتمل
عدم الثبوت فان كان ثابتا فوجه الضعف كونه مجتهدا فيه او كونه طاريا
وان لم يكن ثابتا فوجهه كونه باعتبار شبهة الربوا اذ لا وجه للحرمة حينئذ
الا ذلك فالمطلوب اثبات الضعف على تقديرى ثبوت الاثر وعدمه لا اضافة
الحرمة الى الشبهة حتى يشكل بما ذكر ولا محذور فى اثبات الضعف على تقدير
عدم ثبوت الاثر وكون الحرمة بالشبهة بل فيه اثبات الضعف باوجه وابلغ
طريق نعم يشكل بان الوكيل بالشرى اذا اشترى لموكله باقل مما باع موكله
جاز مع ان شبهة شراء ما باع باقل مما باع فيه اظهر منه فيما اذا اشترى
من لا يقبل شهادته للبايع اذ الملك بشراء الوكيل يثبت للموكل ابتداء وبشراء
من لا يقبل شهادته له لنفسه لا يثبت للبايع الا شبهة الملك باعتبار
اتصال الاملاك والمنافع وغاية ما يمكن ان يقال انه ينعقد بين الوكيل بالشرى
وموكله مبادلة حكمية حتى يرد الموكل عليه بالعيب ويتحالفان لو اختلفا
فى الثمن كالمتبايعين فصار كتخلل الثالث ولو لم ينعقد بينهما مبادلة حكمية
لكان فى شراء الوكيل لموكله شبهة شراء ما باع باقل مما باع وحيث انعقد
بينهما مبادلة حكمية وصار كتخلل الثالث كانه باع موكله ثم اشترى الوكيل
ثم باع من الموكل تنزلت تلك الشبهة الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة بخلاف
شراء من لا يقبل شهادته للبايع حيث لم يوجد فيه ما يوجب تنزل تلك
الشبهة فبقيت معتبرة وهذا هو الفرق بين الوكيل بالشرى وبين الوكيل
بالبيع فانه اذا باع ما اشتراه موكله باقل مما اشتراه قبل نقد الثمن لا يجوز
لان بيع الوكيل كبيع الموكل وليس فيه ما يوجب تنزل الشبهة فبقيت معتبرة
والله اعلم قوله ولا بد طار لانه ما شرط فى العقد ان يكون بازاء ما باعه
اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك
ينقسم على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيفسد البيع

فيما باع وهذا فساد طار ثم هنا اشارة الى ان الفساد لو كان مقارنا يسرى
الى الكل وانه يشكل بما اذا اشترى عبدا بصفقة واحدة نصفه بمائة دينار
حالة ونصفه بمائة دينار الى العطاء صح فى البعض ولا يسرى الفساد الى الكل
مع انه مقارن وجوابه ان المفسد المقارن هنا غير متقرر حتى لو اسقط
الاجل بقى العقد صحيحا وانما يتقرر عند حلول الاجل فكان المفسد طاريا معنى
وان كان مقارنا صورة او نقول البيع الى العطاء مجتهد فيه ولا يسرى الى الكل
لمكان الاجتهاد قوله ولهما ان الموكل لا يليه فغيره لا يوليه فان قلت هذا
منقوض بما اذا توكل عن غيره بشراء عبد بعينه ثم وكل غيره بشرائه له جاز ويثبت
الملك للوكيل الاول وان كان هؤلاء يملك الشراء له بنفسه وبان القاضى
اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلفه ذمى اخر صح والقاضى لا يملك هذا التصرف
بنفسه وبان الذمى لو اوصى الى مسلم وترك خمرا او خنزيرا فان الوصى يوكل
ذميا ببيعه وان كان هو لا يملك بيعه بنفسه اجيب عن الاول بان الوكيل
بشراء عبد بعينه يملك شراء لنفسه لانه اهل لشرائه والعبد محل للشراء
بالنسبة اليه حتى لو اشتراه بالزيادة على ما توكل به او بغير جنسه وقع الشراء
له وملك التصرف انما ينعدم بانعدام الاهلية والمحلية وكلاهما موجودان
هنا فيكون مالكا غير انه لا يعتبر ذلك التصرف لاجل دفع الغرور عن الموكل
لا انه لا يملك هذا التصرف الا ان دفع التغرير انما يمكن اذا اشترى بنفسه
اما اذا اشترى وكيله فلا لان الموكل رضى بشرائه لا بشراء غيره فلا يمكن
دفع الغرور بجعل هذا التصرف له فيكون للوكيل الاول ضرورة ومتى كان
مالكا يملك التوكيل به ايضا وليس من ضرورة كونه مالكا للتصرف وقوع التصرف
لاجله لجواز ان لا يقع له لمانع كالحاق الضرر بالموكل هنا وعن الثانى بان
الذمى لا يصير نايبا عنه عند عجزه عن الانابة فهو فى الحقيقة وكيل الذمى
الميت دون القاضى ولو سلم فالقاضى انما يملك هذا التوكيل من حيث انه
قايم مقام الميت ومن حيث انه قايم مقامه يثبت له ولاية على هذا التصرف
كما كان ذلك للميت وبهذا يخرج الجواب عن الثالث هذا ولكن لقائل ان يقول
على النكتة الثانية انه لو اعتبر القاضى مالكا لهذا التصرف من حيث انه قايم
مقام الذمى لصح مباشرة هذا التصرف من القاضى بنفسه ايضا اللهم الا
ان يلتزم الصحة وربما لا يصح الشيء بجهة الاصالة ويثبت بجهة النيابة كما ذكرنا
فى باب العيب فى مسئلة الاباق فعليك به قوله وانتقال الملك الى الامر
حكمى فان قلت قد وقع التصريح فى غير موضع بانعقاد المبادلة بين الوكيل
والموكل حتى يجرى بينهما احكام المبادلة من التحالف عند التجاحد والرد بالعيب

والحبس بالثمن وكذا يعتبر شراء الوكيل كتخلل الثالث فيما اذا باع شيئا ثم وكل غيره بان يشتري له فاشتراه لاجله باقل مما باع جاز كانه باع ثم باع مشتريه من وكيله ثم باع وكيله منه ولو تخلل الثالث جاز الشراء باقل مما باع فكذا هذا فيكون هنا كانه اشترى الذمي الوكيل خمرا او خنزيرا ثم اشترى منه الموكل ولو كان الشراء من المسلم حقيقة ومن كل وجه لم يصح فكذا اذا كان الشراء منه من وجه اذ الشبهة في باب الحرمات كالحقيقة اجيب بان المبادلة ان كانت تنعقد بينهما لكنها حكمية تثبت في ضمن الشراء لا باختيار من الوكيل والموكل والممنوع هو التصرف الاختياري فان قلت هذه المبادلة انما تنعقد بينهما باعتبار التوكيل السابق وكان اختيار التوكيل والتوكل اختيارا لهذه المبادلة فيجب ان يمنع هذا التوكيل اجيب بان المبادلة لا تتحقق الا بشراء الوكيل لا بالتوكيل نفسه انما هو سبب محض للشراء واختيار السبب المحض ليس باختيار للحكم قوله لثبوته بدون الشرط فان قلت جاز ان يثبت الشئ بلا شرط ويكون اشتراطه مفسدا كما اشار اليه المصنف رح في كتاب المزارعة حيث قال ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه هذا لفظه وفيه اشارة الى ان التبن يكون لصاحب البذر بلا شرط ومع ذلك لو شرط له يكون مفسدا وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله وكل شرط لا يقتضيه العقد الخ قلت هنا شروط اهملها المصنف رح ولا بد من ذكرها بان يقال كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولم يرد الشرع بجوازه ولم يكن متعاملا حتى لو كان ملايما كشرط ان يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا معلوما لا يفسد العقد وكذا ورد الشرع بجوازه كشرط الخيار والاجل وكان متعاملا كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه او يشركه لا يفسد ايضا فكانه اهملها اكتفاء بما ذكر في مظانها متفرقة وبقيد عدم التعامل يخل ما قد قيل انه لو باع سفلا على ان يكون له قرار علوه عليه او باع طريقا على ان يكون حق المرور له جاز مع انه شرط لا يقتضيه لانه متعامل والله اعلم قوله لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا لانه لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وما شرط فيه من المنفعة لاحدهما مال حتى جاز اخذ العوض عليه لان ذلك مثل ان يقول بعت منك بشرط ان يقرضني عشرة دراهم في وقت كذا وبعت هذه الدار بشرط ان اسكن فيها شهرا والربوا مال ملك بالبيع بلا عوض قوله ولانه

يقع

بسببه المنازعة قلت الترديد بين التعليلين بناء على ان الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين قد يكون في حكم المال حتى يبدل المال بمقابلته نحو ان يشترط لنفسه سكنى دار صاحبه شهرا او اقراض كذا درهما وقد لا يكون كذلك فان كان في حكم المال فاشتراطه ربوا لانه اشتراط مال لا يقابله عوض والا كان الفساد لاجل افضائه الى المنازعة اذ المشروط له يطالبه بحكم الشرط والمشروط عليه يتأتى لفساد الاشتراط وبهذا يسقط ما يقال كيف يكون الشرط الفاسد ربوا والربوا هو فضل مال لا يقابله عوض والشرط ليس بمال قوله ويقيسه على بيع العبد نسمة اي يلحق الشافعي رح جزئيات البيع بشرط العتق بالكلي المتفق على جوازه وهو البيع نسمة فانه يفسر بيع النسمة بالبيع بشرط العتق وهذا هو معنى القياس ههنا فلا يرد ما ذكره الشارح بقوله وهذا غير مستقيم فيما ذكره في المبسوط من تفسير الشافعي بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي ولان الشراء بشرط العتق متعارف بين الناس لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ثم قال وتفسيره البيع بشرط العتق فكان بيع النسمة هو عين البيع بشرط العتق فلا يصح قوله ويقيسه الى اخره لانه قياس الشئ على نفسه قوله وتفسير البيع نسمة الخ جواب الشافعي بطريق المنع اي لا نسلم ان البيع نسمة هو البيع بشرط العتق بل يفسره ان يباع ثم يعلم انه يعتق فلا يصح التمسك بهذا الكلي وهو جواز البيع نسمة قوله لان البيع وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا هذا مذهب زفر رح اما ابو يوسف ومحمد فكثيرا ما يقولان بانقلاب الفاسد صحيحا كالبيع بالرقم والبيع الى الاجال المجهولة فانه ينقلب جايزا باعلام الرقم في المجلس وباسقاط الاجل قبل حلوله فلا اثر لوقوعه فاسدا في عدم الانقلاب الى الصحيح عندهما وعن هذا عدل صاحب الكافي الى تعليل اخر فقال ولهما ان شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا للفساد لا رافعا كساير الشروط فكانه اراد لا ينقلب جايزا الا باسقاط المفسد والاعتاق ليس باسقاط لشرط الاعتاق بل هو تقرير له والفاسد لشرط لا ينقلب الى الجواز الا باسقاطه فاستحال ان يعود اليه بتقرره او اراد لا ينقلب جايزا عند تقرر المفسد بل بتقرر الفساد اذ الفاسد بشرط لا ينقلب صحيحا الا باسقاط المفسد والله اعلم قوله والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع جعل الرهن هنا كالبيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وقد ذكر في الفصول الاستروشني الرهن مما لا يبطل بالشروط الفاسدة وهكذا ذكر في الكافي في باب الرهن يوضع في يد العدل وعلل بانه تبرع كالهبة والله اعلم قوله غير ان المفسد في الكتابة

ما يتمكن في صلب العقد منها من اي ما يقوم به العقد كما لو كاتب على خدمة
مجهولة او كانت على خمر او خنزير فان قلت هذا الفساد لاجل جهالة البدل
او كونه غير متقوم لا لكونه شرطا فاسدا كيف والشروط الفاسدة انما
تبطل العقد باعتبار افضائه الى الربوا كما ذكره في الكافي ولا يخفى ان جعل
الخمر او الخدمة المجهولة بدلا في البيع او الكتابة ليس باعتبار انه يفضي الى اشتراط
فضل مال لا يقابله عوض حتى يكون من قبيل الشرط الفاسد على انه فسر الشرط
الفاسد بكل شرط لا يقتضيه العقد الخ وهذا انما يتاتى فيما اذا كان الشرط
زائدا على العقد اجيب بان المال في الكتابة والثمن في البيع تابع والاصل
هو العبد والمبيع فكان العقد ينعقد بالمعقود عليه والمعقود به كالخارج
عن العقد كالشرط وكان شرطا تسامحا لا حقيقة والله اعلم قوله غير
ان المفسد الخ وذلك ان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال
في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا
بالشبهين في الحالين كذا في الكافي قلت الرهن ايضا يشبه الهبة من حيث
انه شرع لملك الحبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء
بعين حقه والاستيفاء مبادلة من وجه فان لم يكن تبرعا من كل وجه كما ذهب
اليه البعض فلا اقل من ان يعتبر تبرعا من وجه فيفسد ببعض الشروط
دون البعض كالكتابة قوله بخلاف ما اذا استثنى خدمتها حيث لا يصح
بل يبطل ويصح الوصية ويستحق الموصى له الجارية مع الخدمة فان قيل يلزم
من هذا الاصل وهو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وان
ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده يصح
استثناؤه قلنا يمنع لزوم العكس اولا ولو سلم والجواب ان الاستثناء
تصرف في اللفظ فيصح استثناء ما دخل في المستثنى منه ولفظ الجارية لا يتناول
الخدمة فلم يصح استثناؤها ولان الوصية ليس بعقد لازم لانه يصح قبول
الموصى له بعد موت الموصي فلا يتناوله لفظ العقد مطلقا وكذا يدخل الموصى به
في ملك ورثة الموصى له بدون القبول بان مات الموصى له قبل القبول ولانا
لو قلنا بصحة استثناء الخدمة لزم ان يرد الخدمة الى ورثة الموصي والارث
لا يجري في المنافع كذا في الشرح قلت اما منع الانعكاس فلا يجري لان المصنف
قد صرح بانعكاس هذا الاصل في اول البيوع حيث قال ان ما يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه واما الجواب الاول فينتقض بصحة استثناء الحمل
فان لفظ الجارية كما لا يتناول الخدمة لا يتناول الحمل ايضا صرح به المصنف
في الوصايا بقوله ومن اوصى لجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية

لا يتناول الحمل لفظا ولكن يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية
صح افرادها هذا لفظه واما الجواب الثاني فهو يخالف ما ذكر المصنف رح فيما
ذكرنا من مسئلة الوصية بالجارية الا حملها حيث علل هناك بقوله ولانه
يصح افراده الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده
بالعقد يصح استثناؤه فقد بنى صحة استثناء الحمل في الوصية على هذا الاصل
فلو لم يكن الوصية داخلة في مطلق لفظ العقد لما صح استثناء الحمل في الوصية
عليه قوله لان الميراث لا يجري فيه قلت هذا انما يستقيم على مذهب محمد
واما على قول ابي يوسف رح فقد يجري الارث في الخدمة حتى لو ادعى دارا ثم
صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد
او لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة قبل
الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح فيعود على راس الدعوى وقال
ابو يوسف رح ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وان مات
المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل
في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح
بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس متفاوتون في الركوب واللبس
فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المعقود
عليه فيبطل ضرورة كذا في الكافي في كتاب الصلح وانه اشارة بجريان الارث
في الخدمة والسكنى عند ابي يوسف رح فيجب ان يصح استثناء الخدمة عنده
والمسئلة مذكورة من غير خلاف قوله ولم يجز البيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر العاقدان ذلك اشارة الى الكل
من النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود كذا في الحاشية
المعينية للكنز قوله لان الاجل مجهول وجهالته تؤدي الى النزاع وذلك
ان اليهود يصومون شهر رمضان كله ولا يفطرون يوم الفطر ويتبعونه
بصيام من شوال الى تمام خمسين يوما ثم يعيدون فبعد دخول صومهم
لا يعلم يوم فطرهم لانه يختلف باختلاف عدة رمضان فيحتمل ان يكون الحادي
والعشرين او الثاني والعشرين كذا في الحاشية المعينية للكنز وانه مشكل
اما اولا فلان فطر اليهود على هذا مما لا يمكن ان يحيط به علم العاقدين
قط ولانهما لا يعلمان عدة رمضان انها كم تكون حتى يعلما يوم فطرهم انه
الحادي والعشرون من شوال والثاني والعشرون منه وقد قال في الكتاب
ان لم يدر العاقدان ذلك مشيرا به الى جميع ما ذكر من صوم النصارى وفطر
اليهود وانه اشارة الى ان العاقدين ربما يعلمان بذلك وربما لا يعلمان به

فان علما صح البيع والا لا يصح لانهما ربما يختلفان في تعيينه فيفضي الى النزاع
وجوابه سيأتيك واما ثانيا فلان جهلهما بان خمسين يوما من غرة رمضان
يتم بالحادي والعشرين او بالثاني والعشرين مثل جهلهما بعدة الشهر انها
كم تكون ثلثون يوما او تسعة وعشرون وانه لا يفضي الى المنازعة وههنا
صح البيع الى رأس الشهر فكذا هنا وجب ان يصح البيع الى فطرهم لدخول وقت
فطرهم بعد تمام خمسين يوما من غرة رمضان بلا تردد فلا يتمكن البايع من مطالبة
الا بعد تمام خمسين وليس في ذلك مجال نزاع وهو ظاهر واما ثالثا فلانه
لو باع الى خمسين يوما او مائة يوم جاز مع انه لا يدرى ان اليوم الذي يحل
الدين هو اليوم العاشر من الشهر او الحادي عشر منه وهلم جرا فعلم ان
مثل هذه الجهالة لا تضر ولا تؤدي الى المنازعة واما رابعا فلان
جهالة الفطر لو كانت مبنية على جهالة عدة رمضان لزم ان يصح البيع الى فطر
اليهود بعد ما علم بعدة رمضان بان باع الى فطرهم بعد رؤية هلال شوال
والمنع مطلق اللهم الا ان يلتزم الصحة ويجعل هذه فائدة قوله ان لم يدر
العاقدان ذلك يعني وان علما بان باعا بعد رؤية شوال الى فطر اليهود
جاز البيع ثم فسر في الحاشية المعينية جهالة صوم النصارى بانهم يبتدؤن
الصوم من نيروز ويصومون خمسين يوما ثم يعيدون ونيروز غير معلوم
بيقين الا بنظر وممارسة بعلم النجوم فربما يخطي ويصيب اما اذا دخل صومهم
فيوم فطرهم معلوم هذا لفظه وانه ايضا مشكل اما اولا فلان تعلم العاقدين
بالنيروز يقينا ليس بمتصور فلو كانت الجهالة باعتبار انه لا يوقف على النيروز
يقينا لضاع قوله ان لم يدر العاقدان ذلك لان ارتفاع الجهالة حينئذ
انما يكون اذا علما به يقينا وانه لابتنائه على الامارات الظنية ليس بمتصور
واما ثانيا فلان يوم صوم النصارى لما كان هو النيروز لضاع التعرض له
لانه قد ذكر النيروز اولا فيؤل الى انه لا يجوز البيع الى النيروز والمهرجان
والنيروز ولا معنى له فالظاهر ان وقت شروع النصارى في صومهم مختلف
ربما يتفقون على الشروع في يوم وربما يتفقون على الشروع في يوم اخر
فما لم يدر العاقدان باتفاقهم على اي يوم يشرعون فيه الصوم لا يصح التأجيل
اليه وكذا وقت فطر اليهود ايضا غير متعين واما ثالثا فلان فطر النصارى
لما كان معلوما باعتبار انهم يصومون خمسين يوما لزم ان يكون فطر اليهود ايضا
معلوما لانهم ايضا يصومون خمسين يوما الا ان النصارى يبدؤن بالصوم
في النيروز واليهود يبدؤن في اول يوم من رمضان فينبغي ان يصح البيع الى فطر
اليهود كما جاز الى فطر النصارى كما اشار اليه تخصيص صوم النصارى بالذكر

قوله

قوله مستدركة اي يمكن دركها بازالتها ورفعها باعتبار اقصاها قوله
لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها اي في تحملها في البيوع ولو كانت متفاحشة
لم تكن متحملة في البيوع عند احد لاجماعهم على ان الجهالة المتفاحشة ليست
بمتحملة فيها كالبيع الى هبوب الريح فانه فاسد اجماعا قوله ولانه معلوم
الاصل عطف على قوله لاختلاف الصحابة فيكون دليلا اخر على كون الجهالة
يسيرة اي ولان هذا الاجل معلوم الاصل لعدم التردد في وجوده بل في التقدم
والتأخر او على قوله لان الجهالة الخ فيكون دليلا اخر على جواز الكفالة الى هذه
الاوقات ولان هذه الكفالة معلومة الاصل اي الدين لان بناء الكفالة
على الدين فكان اصل الكفالة هو الدين ولا جهالة فيه انما الجهالة في الاجل
الذي هو تابع ولا يعتبر في الكفالة التي مبناها على المساهلة قوله
الا يرى دليل اخر على الجواز اي الكفالة مع جهالة الدين الذي هو اصله
جايزة فمع جهالة الاجل الذي هو كالوصف له اولى ان يجوز قوله فكذا
في وصفه وهو الاجل فان قلت قد صرح المصنف رح في غير موضع بان الاجل
ليس بوصف للثمن لان الاجل حق المشتري والثمن حق البايع ولان الثمن
موجود بعد مضي الاجل وسماه هنا وصف الثمن اجيب بان الاجل وصف
اعتباري للثمن لا حقيقي وهذا هو وجه التوفيق فتأمل قوله ولنا ان
الفساد للمنازعة وبقاء المنازعة ولكونه شرطا فاسدا في معنى الربوا لانه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة مالية لاحدهما اذ الاجل في حكم المال
حتى يبدل المال بمقابلته ولم يرد الشرع بجوازه لانه ورد بجواز المعلوم
وهذا مجهول وبعد اسقاط الاجل قبل حلوله وان ارتفعت المنازعة
فلا يرتفع معنى الربوا الذي حصل باعتبار كونه شرطا وجوابه ان معنى الربوا
غير معتبر في الاجل لوجوده في المعلوم مع انه ليس بمفسد اجماعا فلم يبق
الا معنى المنازعة وقد ارتفعت باسقاط الاجل فصار كالاجل المعلوم
قوله وهذه الجهالة في شرط زايد وهو التأجيل الى الحصاد لا في صلب العقد
اي في المبيع او في الثمن فان قلت يشكل بما اذا باع الى هبوب الريح ثم اسقط
الاجل لا ينقلب جايزا قلت الجهالة فيه قوية لانه ليس زمان متعين لهبوب
الريح فيه فكانت متفاحشة فصارت كانها دخلت في صلب العقد كذا في الكافي
وفيه نظر لان الجهالة المتمكنة في صلب العقد لا يمنع انقلاب العقد جايزا
اذا ارتفعت قبل تقرره كما باع بالرقم واعلمه في المجلس فانه ينقلب جايزا مع ان
الجهالة في صلب العقد وجوابه ان هذا مبني على ما قال شمس الائمة الحلواني
انه وان اعلم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جايزا ولكن ان كان البايع

دايما على الرضا فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقدا مبتدأ بالتراضي واما الجواب
على تقدير التسليم فما قال في المبسوط وهذا بخلاف ما البيع الى هبوب الريح
او امطار السماء لان ذلك ليس باجل فالاجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب
الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل شرط فاسد
ولذلك فسد العقد **قوله** بخلاف ما اذا باع الدراهم بدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد **فان قلت** اذا باع بالف ورطل
من خمر فان العقد ينقلب صحيحا اذا اتفقا على اسقاط الخمر نص عليه في آخر الصرف
مع ان الفساد هنا في صلب العقد **قلت** ذكر في الفوايد الظهيرية ان العقد
لا ينقلب جايزا في هذه المسئلة باسقاط الخمر فلنا ان نمنع واما على رواية
الصرف فالفرق بين اسقاط الدرهم واسقاط الخمر مشكل وغاية ما يمكن
في الفرق ان فساد العقد باعتبار الربوا قوي اذ الربوا حرام في الاديان
كلها اما بيع الخمر والبيع بالخمر فهو صحيح فيما بين الكفرة فاظهرنا التفاوت
بينهما في الانقلاب الى الصحة عند اسقاط الخمر فيما اذا باع بالف ورطل
من خمر وعدمه عند اسقاط الدرهم الزايد فيما اذا باع درهما بدرهمين **قوله**
اما البيع الى هذا شرط فاسد **واعترض** بان الشرط الفاسد هو ما فيه
منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه ولا منفعة في هذا الشرط لاحد
واجيب عنه في الشرح بان اشتراط قبول الحر اشتراط لقبول بدله
وهو عين الربوا **وفيه بحث** للقطع بان بدل الحر انما يشترط على المشتري
بمقابلة سلامة الحر له فاذا لم يسلم له الحر لم يسلم للبايع بدله على المشتري والربوا
انما يلزم على تقدير سلامة بدل الحر للبايع وهو غير سالم له ههنا الشرط فلا يكون
ربوا **وقد اجيب** ايضا بان فيه منفعة للبايع باعتبار ترويج عبده الادون
بالضم الى الحر الحسن الاجود وفيه ايضا نظر لظهور ان الترويج انما يكون
باعتبار ان الحسن اللاحق في الادون عسى يجبر بزيادة في جانب الاجود
ولا يختار في ضمه مع الحر اذ هو لا يسلم للمشتري بل الجواب ان بيع الحر استهانة
به واهانة الغير مما يكون مقصودا فيما بين الناس لاغراض كثيرة فيصلح
منفعة للبايع **قوله** والبيع صفقة واحدة **فان قلت** قد مر انه اذا بين
ثمن كل واحد يكون الصفقة متفرقة **اجيب** اولا بان ذلك محمول على ما
اذا كرر لفظ البيع وثانيا بان تفريق الثمن انما يوجب تفرق الصفقة معنى
لا صورة على ما يشعر به قوله في الكتاب اذا بين ثمن كل فانه صفقات معنى
والاتحاد صورة يكفي لكون القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وثالثا
بان مراده انه اذا بين ثمن كل كانت صفقات معنى في حق التفريق في القبول

بان قبل

بان قبل البيع في احدهما دون الآخر لا مطلقا وذلك ان التفريق فيه انما لا يجوز
دفعا للضرر عن البايع اذ العادة جارية بضم الردي الى الجيد ومتى فصل الثمن
علم انه رضي بقبول العقد في كل واحد منهما **قوله** اما البيع في هؤلاء
موقوف ذكر آنفا ان البيع في هؤلاء باطل والصحيح ما ذكر ثمه فان محمدا رح ذكر
في الجامع اذا حلف لا يشتري عبدا فاشترى عبدا مغصوبا من الغاصب يحنث
لان الموقوف ينعقد سببا ولو اشترى مدبرا او مكاتبا او ام ولد لا يحنث
لان في المحل ما يمنع ثبوت الحكم وايضا لو اشترى عبدا او جارية وباعه من آخر
ثم وثم فاقام العبد بينة انه كان عبدا لفلان حرره او اقامت الجارية بينة
انها كانت لفلان استولدها او اقام رجل بينة على ذلك وكان تاريخ هذه
الاسباب قبل تاريخ البياعات كلها او لم يعرف التاريخ اصلا وقضى
القاضي بذلك فهذا وما لو قامت البينة على حرية الاصل او على العتق سواء
يرجع كل واحد على بايعه قبل ان يرجع عليه مشتريه فلو كان عقد البيع
منعقدا في المدبر والمكاتب لكان اثبات التدبير والاستيلاد كاثبات
الملك المطلق من المستحق وفيه لا يرجع احد من المشترين على بايعه قبل ان يرجع
مشتريه عليه فكذا وجب ان يكون الجواب فيهما كذلك وليس كذلك فعلم
ان بيعهما باطل كبيع الحر **فان قلت** اذا كان بيع المدبر وام الولد باطلا وجب
ان لا ينفذ بالقضاء **قلنا** انه ان كان باطلا فبطلانه موقوف يحتمل ان ينعقد
بالقضاء كبطلان الوقتية مع تذكر الفايتة عند ابي حنيفة رح ويكون القضاء
فسخا للسبب قبل البيع **فان قلت** يجب ان يبطل بيع القن مع المدبر كبيعه مع الحر
اجيب بان بيعه ان كان باطلا في حق نفسه فهو منعقد في حق ما ضم اليه كما
لو جمع بين عبده وعبد غيره وما ذكره هنا من ان البيع في هؤلاء موقوف
يوافق ما ذكره شمس الائمة السرخسي حيث قال في مسئلة بيع العبد والمدبر
بصفقة واحدة ان البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجازه القاضي جاز ولكنه
غير نافذ لحق المدبر وذلك معنى فيه فلا في العقد ولهذا لا يتعدى الى الآخر
هكذا ذكر الشارح في مسئلة شراء ما باع باقل مما باع **قوله** وكذا في ام الولد
عند ابي حنيفة رضي الله عنه **فان قلت** قد ذكر المصنف رح في ادب القاضي
ان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ والمجتهد فيه ان لا يخالف الكتاب
او السنة المشهورة او الاجماع فعلى هذا جواز بيع ام الولد لا يكون مجتهدا
فيه لكونه مخالفا للسنة المشهورة وهو قوله عليه السلام اعتقها ولدها
فينبغي ان لا ينفذ قضاء القاضي فيه لان من شرط نفاذه ان لا يكون
مخالفا لما ذكرنا **قلت** قوله عليه السلام اعتقها ولدها متروك الظاهر

فلا يقدح مخالفته فى كونه مجتهداً فيه فصل فى احكامه قوله
بامر البايع اى نادية صريحا او دلالة بان قبضه بحضرته ولم ينهه لا يقال لو
اتلف مال الغير او باعه بحضرته وهو لا ينهاه لا يكون اذنا بالاتلاف والبيع
لانا نقول انما يكون هنا اذنا بالقبض باعتبار ان البايع سلطه على القبض
بالعقد فصار كالموهوب له يقبض فى المجلس بحضرة الواهب وهو لا ينهاه
حيث يكون اذنا بالقبض بحكم التسليط والتسليط فيما اذا اتلف مال الغير
او باعه بحضرته لم يوجد فافترقا قوله لاقتضائه التصور فان قلت البيع
فى الشرع مبادلة المال بالمال ولا يخفى ان هذه المبادلة تبقى مقدورا
للمكلف لتوقف تحقق مسمى البيع شرعا عليه والا فالبيع لغة عبارة عن نفس
المبادلة حتى كانوا يتبايعون المضامين والملاقيح ويسمونه بيعا فلو كان
النهى معدما لمشروعية البيع لتوقفت الشرعية على الخلو عن المعنى الموجب
للنهى بالضرورة فيجب ان يؤخذ الخلو عنه فى مسمى البيع الشرعى كما اخذت مالية
العوضين فيه اذ لا موجب لاخذها سوى توقف مسمى الشرعى عليه ومتى كان
الخلو عنه داخلا فى مسمى البيع الشرعى لم يبق المنهى من المبادلة بيعا شرعا فلم يبق
المكلف بعد النهى قادرا على ايجاد مسمى البيع شرعا فيؤدى الى النهى عن البيع وهو
غير قادر عليه قوله انما المحظور ما يجاوره اى ما هو غير داخل فى ماهيته
فيتناول الوصف ايضا والا فالمحظور كما يكون مجاورا يكون وصفا ايضا والفرق
بين الوصف والمجاور مذكور فى كتب الاصول وهو ان المعنى الموجب للنهى
ان كان مما يتصور انفكاكه من المنهى فهو مجاور والا فوصف نظير الاول
البيع وقت النداء فانه حرام لمعنى ترك السعى وتركه كما يتحقق بالبيع يتحقق بالاشتغال
بفعل آخر ونظير الثانى عقد الربوا فانه حرام لمعنى الربوا وانه لا ينفك عن البيع
لانه عبارة عن فضل خال عن العوض فى عقد المعاوضة وهذا الفضل لا يتصور
فى غير المعاوضة قوله ثم شرط ان يكون القبض باذنه وهو الظاهر لان ملك
البايع باق فى العين وبيعه قائمة عليه فلا يكون المشترى بطاله بغير امره قوله
الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه فى مجلس العقد فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وذلك ان القبض فى البيع الفاسد بمنزلة
التملك والبيع عقد تمليك والتمليك يكون اذنا بالتملك الا ان هنا اذن
ثبت فى ضمن الايجاب والايجاب يقتصر على المجلس فكذا الاذن الذى ثبت
فى ضمنه بخلاف الاذن نصا فانه لا يتقيد بالمجلس قوله كيلا يؤدى الى تقرير
الفساد المجاور وذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لكان البايع مأمورا بالتسليم
وفيه امر بتقرير العقد لانه يتقرر بالتسليم وفى تقريره تقرير الفساد المجاور

ونحن

ونحن امرنا برفع هذا الفساد فاستحال ان نؤمر بتقريره ولقائل ان يمنع الملازمة
بين ثبوت الملك قبل القبض وكونه مأمورا بالتسليم لجواز ان لا يكون مأمورا بالتسليم
لمكان الفساد ووجوب الفسخ الا يرى ان ثبوت الملك بعد القبض لا يمنع نقضه
لمكان الفساد فكذا ثبوته قبل القبض لا يوجب التسليم فالاولى ان نقول فى تقرير ما
فى الكتاب انا امرنا بالامتناع عن العقد الفاسد مهما امكن وقد امكن الامتناع
بعد الايجاب والقبول حكما بتأخير الملك الى القبض لان الملك اذا لم يثبت قبل القبض
اخذ القبض حكم القبول فيكون الامتناع عنه امتناعا عن العقد الفاسد
حكما وحكم العقد يحتمل التأخير والقبض مما يتوقف عليه الملك فى الجملة فوجب
القول بتأخيره الى القبض لئلا يؤدى ثبوت الملك قبله الى ثبوت الفساد المجاور
من كل وجه مع امكان الامتناع عنه من وجه بجعل القبض كالقبول فى توقف الملك
عليه قوله اذ هو اى العقد الفاسد واجب الرفع بالاسترداد فلان يجب
رفعه بالامتناع عن المطالبة اى تسليم المبيع او القبض اولى والرفع بالامتناع
عنه انما يمكن اذا كان القبض فى حكم القبول وان يكون كذلك الا اذا توقف
الملك عليه توقفه على القبول وتقرير آخر انه لما وجب الامتناع عن التسليم
بالطريق الاولى فلا يثبت الملك قبل القبض اذ لو ثبت الملك قبل القبض لم يكن مجرد
الامتناع عن القبض فسخا بل يحتاج الى شئ آخر حتى يرتفع الملك فقوله اذ هو
دليل آخر بدل من الاول ومعطوف عليه بحذف حرف العطف قوله ولان
السبب قد ضعف الى آخره يشكل بالوصية فانها ايضا عقد ضعيف من حيث
انها تقبل الفسخ وانه عقد تبرع من جانب واحد كالهبة مع انها لا تحتاج الى الاعتضاد
بالقبض فى افادة الملك وايضا الكتابة الفاسدة توجب حكمها قبل قبض البدل
مع انها ضعيفة بالاقتران بالمفسد ولم يؤثر ضعفها فى اشتراط الاعتضاد بالقبض
وجوابه ان الشرط فى البيع الفاسد هو قبض المعقود عليه ولا يكفيه قبض الثمن
والمعقود عليه فى الكتابة هو فك الحجر ابتداء والعتق انتهاء وهما لا يقبلان القبض
ولا يشترط بالضرورة وجوابه ان السبب الضعيف انما يحتاج الى الاعتضاد اذا
ورد على ملك قوى كالهبة والوصية وقت نفاذها ما بعد الموت حتى يعتبر
القبول والرد بعده وملك الشخص بعد موته ضعيف لا يبقى الا فيما يتعلق به
حاجته فيؤثر فى ازالته السبب الضعيف بدون الاعتضاد ايضا قوله
بمنزلة الهبة قاس البيع الفاسد على الهبة ومن شرط القياس تعدية حكم الاصل
من غير تغير والشرط فى الهبة القبض الكامل حتى لا تصح فى المشاع وفى البيع
الفاسد نفس القبض اعم من ان يكون كاملا او ناقصا وجوابه ان القبض الكامل
انما يشترط فى هبة ما يحتمل القسمة اما ما لا يحتملها فالشرط فى هبته نفس القبض

فالقياس على هبة مايقسم ان كان يوجب اشتراط القبض الكامل فالقياس على هبة
مالا يقسم يوجب ان لا يشترط ذلك بل يكتفى بنفس القبض فلم يثبت اشتراط
الكمال بالتعارض ولا معارضة فى اشتراط نفس القبض فيكتفى به والله اعلم
قوله فشرط اعتضاده بالقبض قلت الهبة الفاسدة تفيد الملك عند
القبض كالصحيحة ولا يشترط لاقترانه بالقبيح اعتضاده بشئ اذ القبض شرط
فى الصحيحة ايضا لضعف فيها فيجب ان يشترط لاقترانها بالقبيح اعتضاده بشئ
اخر غير القبض وحيث لم يشترط علم ان الاقتران بالقبيح لا يوجب اشتراط الاعتضا
بشئ قوله وشئ اخر وهو ان فى الخمر الواجب القيمة وهى تصلح ثمنا لا مثمنا مشكل
لان العقد على اعتبار قيمة الخمر يصير صرفا كانه باع قيمتها بدراهم معينة الا انه
صرف فاسد لجهالة احد عوضه والصرف الفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض فى المجلس فباعتبار قيمة الخمر وكونه مما لا يصلح ثمنا لا يوجب بطلان البيع
بل تحقق فساده والمطلوب اثبات البطلان وايضا القيمة انما تجب على البايع
على تقدير فساد بيع الخمر اذا وجب عليه التسليم لانه متى وجب تسليم الشئ وتعذر
تسليمه يقام قيمته مقامه ولكن التسليم لا يجب فى البيع الفاسد لا على البايع
ولا على المشترى نعم تجب القيمة على المشترى فى البيع الفاسد بالقبض
وتتقرر ذلك بالهلاك كما يجب على الغاصب بالغصب وتتقرر بالهلاك
ولكن وجوبها عليه لا يؤدى الى جعلها مثمنا على ما لا يخفى فان قلت المقصود
هنا اقامة الدليل على عدم صحة بيع الخمر بالدراهم وتقريره انه لو كان صحيحا
لوجب على البايع تسليمه اذ البيع يوجب التسليم وتسليمه متعذر اذ المسلم
ممنوع عن تسليمه وتسلمه فيجب عليه تسليم قيمته فيؤدى الى جعل القيمة مثمنا
وانه لا يصلح لذلك قلت بل المطلوب هنا التفرقة بين بيع الخمر بالدرهم او بالدنانير
وساير البيوع الفاسدة من حيث انها توجب الملك عند القبض وبيع الخمر
بالدرهم لا يوجبه اصلا فيجب اقامة الدليل على كونه باطلا لا فاسدا ولا يخفى
ان بيع الخمر انما يؤدى الى جعل القيمة مثمنا لو كان صحيحا من كل وجه فاما لو كان
فاسدا بوصفه صحيحا باصله كساير البيوع الفاسدة لم يؤد الى ذلك على ما لا يخفى
قوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع قلت وانما شرط اذنه لان
القبض تصرف فى ملكه فلا يجوز الا باذنه قوله لانه مضمون بنفسه اى مضمون
بالمثل سمى المثل نفسا لانه يحكى حكاية النفس والتقدير انه مضمون بالمثل وكل ما
هو مضمون به فالمثل صورة ومعنى مقدم على المثل معنى لا صورة وهو القيمة
كما فى الغصب فان المغصوب لما كان مضمونا بالمثل كان المثل الصورى مقدما
على المثل المعنوى فكذا المبيع بالبيع الفاسد ثم قوله مضمون بنفسه احتراز عما يكون

مضمونا بغيره كالمشترى بالثمن والرهن بالدين قوله اعدل اى اكثر عدلا اى مساواة
والمقصود من التضمين هو التسوية فما كان التسوية فيه اكثر كان مقدما فى التضمين
قوله لانه لما لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه اعلم بان القبض فيما يتوقف
حكمه عليه كالقبول فى حق الحكم وحكم البيع الفاسد يتوقف على القبض فيكون
بمنزلة القبول فقبل القبض يكون الفسخ امتناعا كما يكون امتناعا قبل القبول
وولاية الامتناع لكل المتعاقدين فكذا يكون لهما ولاية الفسخ الذى هو فى معنى
الامتناع قوله ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثانى مشروع
باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف قلت هذا التعليل ينتقض ببيع
المشترى من المكره على البيع فان للمكره ان يسترد المبيع من مشترى مشتريه مع ان
البيع الاول وهو بيع المكره صحيح باصله دون وصفه والثانى صحيح باصله ووصفه
وجوابه سنذكر فى الاكراه ان شاء الله تعالى قوله ونقض الاول لحق الشرع
فان قلت قوله الا انه لم يتحقق المراضاة فى حق من له يشعر بان نقض الاول
فيما اذا كان الفساد لشرط زايد لحق من له الشرط باعتبار عدم رضاه
فينبغى ان يكون له الفسخ لان حق العبد ان كان يقدم على حق الشرع فلا يجوز
تقديمه على حق العبد اجيب بان عدم ولاية الفسخ فى هذه الصورة لتعليل
اخر وهو ان البيع الثانى حصل بتسليط البايع قوله فلمن له الشرط فان قلت
الفساد واجب الرفع سواء كان فى صلب العقد او لشرط زايد فيجب ان يتمكن
كل منهما من الفسخ اقامة للواجب قلت هذا مما تمسك به ابو حنيفة وابو يوسف
بجواز الفسخ من كل منهما مطلقا وما ذكره من التفصيل فهو مذهب محمد رحمه الله وهو كانه
يقول بعد القبض ثبت الملك للمشترى وانه حق العبد وحقه مقدم على حق الشرع
عند المعارضة واذا كان الفساد لشرط زايد فحق الشرع ضعيف يعارضه
حق العبد فيقدم عليه واذا كان فى صلب العقد فحق الشرع قوى لا يظهر حق
العبد بمقابلته حتى تقدم بخلاف ما قبل القبض حيث لم يتعلق به حق العبد بعد
لكان الفساد الذى فى صلب العقد والفساد الذى لشرط زايد سواء قوله
ولانه حصل بتسليط من جهة البايع وقد يقال التسليط من قبله ان كان يمنع
الاسترداد لحقه ولا يمنعه لحق الشرع فكانه تعليل فيما اذا كان الفساد لشرط
زايد فان ولاية الفسخ ثمة لحق من له الشرط على ما يشعر به قوله الا انه لم يتحقق
المراضاة فى حق من له فلا يتمكن من فسخ البيع الثانى لحقه لحصوله بتسليط منه
وكانه رضى ببطلان حقه فى الاسترداد على تقدير بيع المشترى من غيره قوله
والرهن نظير البيع لانهما لازمان قلت لو كان الرهن نظير البيع لصار المولى
مختارا للفداء اذا رهن العبد الجانى بعد العلم بالجناية كما يصير مختارا له اذا باعه

وسياتيك انه لا يصير مختارا للفداء بالرهن لتمكنه من قضاء الدين فى الاظهر
واسترداد الرهن متى شاء فلا بد من الفرق بين حكم الفداء ولزوم القيمة
فى البيع الفاسد قوله ولانها تنعقد شيئا فشيئا اى يتحول العقد من العين
الى المنافع بحسب وجودها فان الاجارة تقع اولا على العين القائمة مقام
المنافع ثم اذا وجدت المنافع يتحول العقد من العين الى المنفعة لانها المقصود
بالاجارة قوله فكان الرد امتناعا اى من وجه فمن حيث انه امتناع كان له
ان يفسخ بلا عذر ومن حيث انه فسخ لم يكن له ذلك مع العذر ايضا فجوزناه
بالعذر لا بغيره عملا بجهتى كونه فسخا وامتناعا وبهذا يسقط ما يرد ان الرد
لوكان امتناعا لزم ان يصح بلا عذر ايضا ووجه السقوط على ما ذكرنا من التوجيه
ظاهر قوله حتى يرد الثمن اى القيمة التى اخذها من المشترى كذا فى الشرح
وانما اوله لان الثمن فى البيع هو مطلق الدراهم صحيحا كان او فاسدا وواجب الرد
فى البيع الفاسد عند اخذ المبيع هو عين ما اخذ من المشترى اذ الثمن المودى
فيه يتعين بالتعين حتى لو امسك ما اخذ منه ورد مثله لا يجوز ولا يسقط
ما للمشترى من حق الحبس ولا يمكن ان يراد بالثمن ما هو المسمى فى العقد من مطلق
الدراهم او الدنانير حيث لا يتمكن من استرداد المبيع برد المطلق بل برد عين
ما اخذ فلا بد وان يراد بالثمن عين المال الذى اخذ من المشترى وايضا
فيه تصريح بالاحتراز عما اذا اشترى عبدا بالف درهم دين كان للمشترى
على البايع شراء فاسدا وقبضه باذن البايع ثم ان البايع اراد استرداد
العبد بحكم فساد المبيع واراد المشترى حبسه لم يكن له ذلك فرق بين هذا
وبين ما اذا كان البيع جايزا فى هذه الصورة لان للمشترى ان يحبس المبيع
الى ان يستوفى ما على البايع من الدين والفرق ان العقد فى الجايز
لا يتعلق بعين ذلك الدين بل بمثله دينا فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا فيعتبر
بما لو استوفاه حقيقة وفى الفاسد ان كان لا يتعلق بعين ذلك الدين ايضا
لكن لا يجب مثل ذلك دينا فى ذمة المشترى وانما يجب قيمة المبيع عند القبض
والقيمة غير متقررة قبل الهلاك فانها تحتمل السقوط ودين المشترى متقرر
فلم يتفقا وصفا والمقاصة انما تقع عند الاستواء فى الوصف فلم يصر البايع
مستوفيا للثمن بالمقاصة لتغير ذلك بالاستيفاء حقيقة ثم قوله حتى يرد الثمن
ظاهره يشعر بان البايع يطالب بالثمن اولا ولكن ينبغى ان يقال سلما معا
لتعين حق كل واحد اذ الثمن يتعين فى البيع الفاسد على الاصح قوله لان المبيع
مقابل به قال الامام التمرتاشى لو اشترى عبدا بيعا فاسدا واستاجره اجارة
فاسدة ونقدا الثمن او الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا فله ان يحبس ما اشترى

حتى يقبض

حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا لان هذه عقود معاوضة
فيوجب التسوية بين البدلين كذا فى الشرح قلت ان الدراهم والدنانير
يتعينان فى الفاسد فى الاصح فكانت التسوية قايمة فيه لتعين كل من البدلين
فينبغى ان لا يجب على البايع تسليم الثمن اولا بل يقال سلما معا كما فى بيع الصرف
وكان ما ذكره التمرتاشى محمول على غير الاصح وفى الكافى اعلم انه اذا اشترى عبدا
بالف درهم ورطل من خمر وتقابضا ثم نقض البايع البيع بحكم الفساد واراد
ان ياخذ عبده من المشترى فللمشترى بيع العبد منه حتى يرد الثمن عليه لان
الفاسد ملحق بالجايز ولو كان البيع جايزا ثم فسخا العقد فللمشترى حبس العبد
الى ان يستوفى الثمن من البايع وهذا لان المبيع مقابل به وان كان البيع
فاسدا فيصير محبوسا به فكان احق به كما فى الرهن وكذا لو استاجره اجارة
فاسدة وتقابضا ثم اراد الموجر ان ينقض الاجارة فللمستاجر حق حبس العبد
لاسترداد الاجرة وكذا لو اقرضه الفا وارتهن من المستقرض رهنا فاسدا
بان رهن نصف داره ثم نقض الراهن الرهن بحكم الفساد فللمرتهن ان يحبس
الرهن حتى يستوفى الدين لان المرتهن انما استفاد اليد على الرهن بمقابلة
الذى قرضه فكان له حق حبسه كما فى الرهن الصحيح اذا تفاسخا الرهن هذا
لفظه وانه مشكل لما عرف ان الرهن لا ينفسخ بالقول انما ينفسخ بالرد وتسليم
الرهن الى الراهن فكيف يتصور حبس الرهن لاستيفاء الدين بعد التفاسخ
والرهن لا ينفسخ الا بالرد واذا رد الى الراهن فقد اسقط ما له من حق الحبس
كما لو سلم المبيع فى البيع الفاسد لم يكن له ان يسترده بعد الرد ثم يحبسه فكذا
هذا قوله ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى فان قلت هذا يوجب
ان لا ينقطع حق البايع ببيع المشترى ايضا لان حق الشفيع وهو اضعف الحقين
لا يبطل به فهو اولى ان لا يبطل قلت نعم ولكن ابطلنا حق البايع بالبيع
لما سبق انه يتعلق بالثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته وحق المشترى
ان كان يتعلق بالبناء والغرس ولكن لا على وجه مشروع لان تصرفه فى المشترى
شراء فاسدا غير مشروع فصار كتعلق حقه بنفس المبيع وذلك غير معتبر لقطع
حق الاسترداد لثبوته لا على وجه مشروع فكذا هذا قوله والدراهم والدنانير
لا يتعينان فى العقود فان قيل قد ذكر قبل انها تتعين فى البيع الفاسد فكيف
ذكر هنا انه لا تتعين قلنا فيه اختلاف الروايتين فذكر هذه المسئلة على قول من
يقول بانها لا تتعين كذا فى الشرح وفى الحاشية ان البحث فى العقد الثانى
وهو صحيح لا فى الاول حتى يحتاج الى الجواب قلت ذكر الشارح هذا كسئوال
عند قوله والدراهم والدنانير لا تتعينان فى العقود وتوجيهه ان هذا بعمومه

يتناول العقود الفاسدة وذكر انهما لا تتعينان فيها فلا بد من الحمل على الرواية
الاخرى او على الصحيحة من العقود نعم لو كان سؤال الشارح على قوله
فلم يتعلق العقد بعينها لكان غير متوجه ولكن ذكر هذا السؤال على عموم
قوله لا تتعينان في العقود ولا شك انه متوجه محتاج الى الجواب قوله
والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها وهذا يشكل بان اجارة منافع الدار
بمنافع الحانوت لا تجوز مع انهما مختلفان لشبهة المجانسة ولو كانا متجانسين
حقيقة لكان فيه شبهة الربوا باعتبار وجود احد وصفيه فلما كانا متجانسين
حكما كانت الشبهة نازلة وشراء ما باع باقل مما باع حرام لشبهة الربوا
وانه كما حرم للبايع حرم لكل من لا يقبل شهادته له كالابن والاب والزوجة
مع القطع بان شراء البايع ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لما كان حراما
لشبهة الربوا كما مر كان في شراء من لا يقبل شهادته له شبهة الشبهة الا ان
الحرمة اذا لم تكن غير منصوصة لكنها تثبت للشبهة احتياطا لم تثبت فيما
تنزلت تلك الشبهة اما اذا كانت منصوصة تثبت فيما فيه شبهة المنصوص
وان كان النص معللا بالشبهة اذ المعتبر فيما فيه النص هو النص دون العلة
المستخرجة فيحرم كل ما فيه شبهة المنصوص وان كان فيه شبهة شبهة العلة
وشراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن حرام بالنص وان كان النص معللا
لشبهة الربوا لا لاجل الشبهة نفسها حتى لا يحرم ما تنزلت فيه تلك الشبهة
وهو شراء من لا يقبل شهادته وكذا حرمة النسا عند وجود احد وصفي
علة الربوا منصوص عليها فيحرم في كل ما يوجد فيه شبهة وجود احد الوصفين
وان كانت شبهة الربوا فيه نازلة نعم لقائل ان يقول فيجب ان يحرم اسلام
الدراهم او الدنانير في الزعفران لاتحادهما في كون كل موزونا لانه انما
لا يحرم باعتبار اختلافهما في كيفية الوزن اذ الزعفران يوزن بالامناء
والدراهم والدنانير توزن بالسنجات ولو كان كل واحد منهما موزونا على نمط
واحد لكان فيه شبهة الربوا فحيث اختلفا في كيفية الوزن تنزلت تلك الشبهة
الى ما دونها فلو كان حرمة النسا عند وجود احد وصفي علة الربوا من القدر
او الجنس منصوصا عليها لحرم في كل ما يوجد احد وصفيها ولو شبهة قوله
وكذا اذا ادعى على اخر مالا الى قوله وبدل المستحق مملوك والدليل عليه
ان الرجل اذا باع عبدا بجارية واعتق الجارية ثم استحق العبد لا يبطل
العتق في الجارية ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لبطل والفقه ان الاستحقاق
يظهر في حق البدل من وجه اذ ما ظهر في حق نفسه قصدا ولكن ظهر في شيء
هو بدل عنه فكانه ظهر في حقه من هذا الوجه ولو كان الاستحقاق ثابتا

من كل وجه

من كل وجه لبطل الملك ولو لم يظهر اصلا لنفي فاذا ظهر من وجه قلنا ببقاء الاصل
وفوات الوصف وههنا بحث لانه ذكر في الذخيرة انه اذا كفل بالثمن فنقد
الكفيل وقبض المشتري المبيع ثم غاب الكفيل قبل ان يرجع على المشتري ثم استحق
المبيع فاراد المشتري ان يرجع على البايع بالثمن لم يكن له ذلك حتى يحضر الكفيل
لانه لو رجع واما ان يرجع لان اداء الكفيل كادائه ولا وجه اليه لانه بالاستحقاق
تبين ان الكفيل لم يود شيئا واجبا عليه وان الكفالة كانت باطلة واما لانه
ملك المؤدى ولا وجه اليه لانه انما يملكه اذا ضمن الكفيل مثل المؤدى ولم يضمن
بعد ولو كان الكفيل رجع على المشتري بما نقد ثم غاب ثم استحق رجع المشتري
على البايع لانه ملك المؤدى بالضمان ولو هلك المبيع في يد البايع كان للمشتري
ان يرجع بالثمن على البايع رجع الكفيل على المشتري اولا اما اذا رجع فلما
قلنا في الاستحقاق واما اذا لم يرجع فلانه بهلاك العبد لا يتبين ان الكفالة
فاسدة اذ به لا يتبين ان العقد لم يكن صحيحا فحصل الاداء بكفالة صحيحة
وصار كاداء المشتري اما بالاستحقاق فيظهر ان الثمن لم يكن واجبا عليه
وان الكفالة لم تصح فلم يصر اداء الكفيل كاداء المشتري هذا لفظه فلو كان
بدل المستحق مملوكا لكان اداء الكفيل بحكم كفالة صحيحة كاداء المشتري ولم يظهر
بالاستحقاق بطلان الكفالة بالثمن يعرف بالتامل والجواب ان بالاستحقاق
ان كان لا يظهر ان الثمن لم يكن واجبا على المشتري وانه لم يكن مملوكا للبايع
باعتبار ان بدل المستحق مملوك فلا يخفى انه يظهر بالاستحقاق فساد ملك
البايع في الثمن او بدل المستحق ان كان مملوكا فهو مملوك ملكا فاسدا وفساد
الملك في الثمن يمنع توجه المطالبة لانها تبتني على ملك صحيح وامتناع توجه المطالبة
يمنع صحة الكفالة لانها تبتني على المطالبة فعلى هذا ما ذكر في الذخيرة من قوله
ان الكفيل لم يود شيئا واجبا عليه معناه لم يود شيئا واجبا وجوبا صحيحا
والكفالة تبتني على الوجوب الصحيح الذي يتوجه عليه المطالبة فيظهر بطلان
الكفالة ثم المصنف جعل الدراهم المؤداة الى الداين بدل دينه الذي له
على المديون وفيه اشعار بان الدين بالقضاء يسقط ولا يبقى مملوكا للداين ولا
يلزم اجتماع البدلين في ملك وقد ذكر في الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو
في نفسه قايم ومن هذا قالوا لو ابرأ رب الدين مديونه عن الدين بعد استيفائه
الدين يصح ابراؤه ويلزمه رد ما استوفى والله اعلم قوله ثم قال النبي صلى
الله عليه وسلم لا يستام الرجل على سوم اخيه اراد به الاخوة العامة الثابتة
بقرابة ادم وحوا عليهما السلام فيتناول ما اذا كان صاحبه ذميا واراد

الاخوة الدينية الثابتة بقوله انما المؤمنون اخوة واما الذمي فتابع للمسلم
فيما لهم وعليهم واللطيفة في ذكر الاخ مكان الغير الاستعطاف اذ الاخوة حالة
على الامتناع عن ايحاشه بالسوم على سوم غيره ثم لفظ الخبر وان كان بصيغة
الاخبار فمعناه النهي صونا له عن الخلف اذ الرجل بما يستام على سوم غيره
والنكتة في العدول عن النهي الى النفي اظهار الرغبة في الامتثال كانه امتثله
وامتنع عن السوم على سوم غيره فهو يخبر عنه قوله ولان في ذلك ايحاشا
واضرارا اي ايقاع الاخيه في الوحشة والضرر وقد نهى عليه السلام عنه
فقال لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقال لعن الله من ضر مسلما او غره فهذا
في المعنى تمسك بحديث اخرا وبمعنى هذا الحديث لانه معلول بالضرر والايحاش
قوله ما ذكرناه من محمل النهي هنا محمل النهي في النكاح اي النهي عن الخطبة
على خطبة اخيه محمول على ما اذا ركن احدهما الى الاخر بعد استقرار المهر
وانما حمل عليه لانه معلول بالايحاش والاضرار وانه انما يتحقق بعد ركون
احدهما الى الاخر فاما قبله فلا ضرر ولا ايحاش ولانه عليه السلام قد اجاز
بيع من يزيد فلو اطلق النهي هنا لكره بيع من يزيد ايضا لتبدل الشراء اي لكمة قوله
اما اذا لم يكن كذلك اي في قحط وعوز فلا بأس بالبيع للبادي لانعدام الضرر
وهو الموجب للكراهة والحكم ينتفي بانتفاء العلة المنحصرة قوله ثم فيه
اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه بان تعدا عند البيع او وقفا قايمين
بخلاف ما لو كانا ماشيين فانه يحل ولا يكره هكذا ذكر صدر الاسلام
في اصول الفقه كذا في الشرح قلت انما يجوز البيع في حالة المشي اذا اتصل قبول
المشتري بايجاب البايع من غير سكتة بينهما وان لم يتصل به قبول المشتري فلا يجوز
البيع هكذا ذكر الشارح في اخر فصل الامر باليد ثم البايع والمشتري لو كانا
في سفينة تجري الى الجامع لا يكره البيع اصلا وهذا النظير اوضح قوله لان
الفساد اي النهي والحرمة او الفسخ ثابت بالنظير الى معنى زايد لا في صلب العقد ولا
في شرايط الصحة فان قلت من شرايطها ان لا يكون البيع منهيا فقد علل المصنف
فساد البيع بالنهي في غير موضع من كتابه والنهي متحقق هنا اجيب بان النهي
انما يوجب الفساد اذا كان لمعنى لا ينفك عن المنهي عنه ولا يكون له وجود في غيره
ويسمى وصفا بخلاف ما ينفك عنه ويكون له وجود في غيره ويسمى مجاورا وانه
يوجب الكراهة اثباتا للحكم بقدر الدليل والنهي في هذا البيوع للمجاور اذ
ترك السعي مما ينفك عن البيع ويوجد بغيره وكذا الضرر باهل البلد لا يختص
ببيع الحاضر للبادي لان وجوه الضرر ليست بمخصوصة عليه فان قلت يشكل
بالنجش والسوم على سوم غيره لعدم تصوره في البيع اجيب بان المنهي عنه هو النجش

والسوم

والسوم دون البيع لاجلهما قوله لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة والتفريق بينه وبين احبته عقوبته كما اشار
اليه الحافظ الشيرازي بقوله شنيده ام سخني خوش كه پير كنعان كفت • فراق يار
نه آن ميكند بتوان كفت • حديث هول قيامت كه كفت واعظ شهر • كنايتيست
از روزكار هجران كفت • وفي عبارة النجفي فرقت احباب آتشي است سوزنده
وقطيعت ارباب تيغي است برنده دوري همدمان موتي است بي موت ومجور
محرمان مركي است بي ملك الموت نظم نيست عزرائيل را با عشق سوزنده
كار • هم فراق دوست عزرائيل بس باشد مرا • قوله والمنع من التعاهد اي
تعاهد الكبير الصغير وقد يقال التعاهد واجب على مولاه فلا يضره فوت
تعاهد الكبير لقيام تعاهد المولى مقامه فكان المراد من التعاهد فضل تعاهد
يحمله عليه فرط الشفقة وكمال المحبة لا قدر ما يجب على المولى من النفقة والسكنى
وذكر في الكافي فان قلت الحربي اذا دخل دارنا بامان بغلامين صغيرين
فاراد ان يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه وان كان فيه تفريق قلت لو لم يشتر
منه لعاد به الى دار الحرب وشراؤه منه انظر له من مراعاة التفريق هذا كلامه
وقد يقال شراؤه وان كان انظر له فهو اضر لاخيه الباقي على ملك الحربي
وجلب المنفعة لاحدهما انما يستحسن اذا لم يتضمن الحاق ضرر بالاخر والا فدفع
المضرة اولى من اتصال الراحة ثم هذا الذي ذكره الشيخ يقتضي ان يجوز
بيع احد الصغيرين من ابيه او امه او غيرهما ممن هو ذو رحم منه لانه انظر له
حيث يعتق على المشتري ويخلف المشتري الاخر في التعاهد والاستيناس
ولكن الظاهر انه لا يجوز لان بيع احدهما ممن يعتق عليه ثم يتعاهد ويستانس
وان كان انظر للذي يبيعه منه فهو يضر بالاخر ودفع الضرر عن احدهما اولى
من جلب المنفعة للاخر قوله ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح وهذا
من قبيل دلالة النص واثره في تعميم الحكم كانه قيل من فرق بين المحرمين
الحديث ولكنه يشكل بان دلالة النص لا يحتمل التخصيص وقد خص الكبيرين
المحرمين وجوابه انه ليس من التخصيص بل هو من باب ترك الدلالة بدليل
اقوى منه وهو ما روي انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وهما
امتان اختان ثم هذه العلة منقوضة بمسائل احدها اذا دبرا واستولد
احدهما كان له ان يبيع الاخر والثاني اذا جنى احدهما جناية كان للمولى
ان يدفعه الى ولي الجناية مع انه مختار في الدفع لانه مخير بين الدفع والفداء
وثالثها الحربي اذا باع احدهما يجوز للمسلم ان يشتريه بلا كراهة ورابعها لو
كان لرجل ثلثة اخوة احدهم صغير جاز للمولى ان يبيع احد الكبيرين وخامسها

لو اشتراهما فوجد باحدهما عيبا فله ان يرده خاصة وسادسها انه يجوز
ان يكاتب احدهما وان كان فيه تفريق باعتبار الاخراج عن الملك وسابعها
اذا كان لرجل امة ولها ولد صغير مراهق يجوز ان يبيع باختياره الصغير
والجواب اما عن الاول والثاني فلان القرابة المحرمة للنكاح انما اوجب
المنع عن التفريق لما فيه من الاضرار بالصغير وقد تمهد في قواعد الشرع
ان دفع الضرر عن احد على وجه يتضمن الحاق الضرر بغيره باطل وفيما صار
احدهما بحيث لا يقبل البيع لو امتنع بيع الاخر لتضرر به المولى حيث يتعذر
عليه بيعه مع الاخر ومنفردا وفيه ضرر بين للمولى وكذا اذا جنى احدهما
لانه لو لم يجز دفعه لوجب الفداء عليه جبرا وفيه ضرر لانه ربما يتعسر
له الفداء ويكون فيه استيصاله واما عن الثالث فقد مر واما عن الرابع
فلان الباقي من الكبيرين يكفي لتعاهد الصغير واستيناسه فلا يتضرر
ببيع احدهما والموجب لحرمة التفريق هو الاضرار بالصبي وانه منتف هنا
واما عن الخامس فلان الرد بالعيب فسخ اما اذا كان بالقضاء ففي حق الكل
واما اذا كان بالرضاء ففي حق المتعاقدين خاصة فيكون اعادة الى قديم ملك
البايع لا اخراجا لاحدهما عن ملكه وفيه نظر لان المحرم انما هو التفريق
بينهما لا اخراج احدهما عن ملكه والتفريق حاصل فيما اذا رد احدهما بعيب
فالجواب ان دفع الضرر انما يجب اذا لم يتضرر هو في عدم التفريق اما اذا تضمن
فلا وفي امتناع رد المعيب خاصة ضرر بالمشتري اقوى من ضرر التفريق فلا يمتنع
واما عن السادس فلان المكاتب بعد العتق بل في حال الكتابة يكون اقدر
من معاهدة اخيه فلا يضره هذا التفريق واما عن السابع فلان المراهق
في حكم البالغ في اختيار الارفق وانه لما اختار التفريق علم انه ارفق له من الاجتماع
مع امه لما لو كان بالغا حقيقة قوله فيقتصر على مورده ويقال لو ورد بخلاف
القياس ان لم يحتمل المقايسة باستنباط العلة فهو يحتمل اثبات الحكم في غير المنصوص
بمعنى مفهوم من النص لغة والمنع معلول بالاضرار لغة وانه موجود في تفريق
احد الزوجين حتى فسر العذاب الشديد في قوله تعالى او لاعذبنه عذابا
شديدا بتفريقه عن زوجته واي ضرر اشد من العذاب الشديد قوله
ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس
فان قيل قد ذكر قبله معنى معقولا قلنا مطلق وجود المعنى لا يدل على كون
النص معقولا وانما ذلك اذا لم يكن النص مخالفا للدليل الظاهر وهنا كذلك
لان المملوكين الصغيرين ملكه والملك مطلق فيجوز تصرفه بالجمع والتفريق
كما يجوز في ساير الاملاك فلما ورد النص بالحجر عن التفريق سمي نصا بخلاف القياس

لمخالفته الدليل الظاهر وان كان فيه معنى معقول من وجه اخر كذا في الشرح
قوله حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما اطلق
الغير ليتناول الجميع من هو غير المالك سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا او هما
في مؤنته او لا سواء كان زوجته او مكاتبه كذا في الشرح قلت ينبغي ان
لا يجوز التفريق اذا كان احدهما في ملكه والاخر في ملك هؤلاء لاجتماعهما
في ملك واحد حكما باعتبار اتصال الاملاك وانتفاع احدهما بملك الاخر
عادة وفي الحرمات يؤخذ بالاحتياط الا يرى ان شراء ما باع باقل مما باع
لما لم يجز للبايع لم يجز لابنه وزوجته ومكاتبه وغيرهم ممن اتصلت املاكهم
باملاكه احتياطا فكما يؤخذ بالاحتياط ثمه وجب ان يؤخذ هنا ثم قال
الشارح وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا
اما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اغلظ والكفار
غير مخاطبين بالشرايع قلت هم مخاطبون بالحرمات والتفريق بين الصغيرين
او الكبير والصغير منها وكانوا مخاطبين به قوله لان المنظور دفع الضرر
عن غيره لا الاضرار به الاولى في التعليل هو ما ذكر في الكافي من قوله لان المنع
عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولا يجوز دفع الضرر عن شخص لوجه يلحق
الضرر بشخص اخر فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع عن ايفاء الحق اضرار لصاحب الحق
هذا لفظه وذلك ان تعليل المصنف ره ينبئ عن كون المنهي هو قصد الاضرار
بالصغير ولا يخفى ان من يبيع الصغيرين لحاجة اعترته فهو لا يقصد ببيعه
اضرار الصبي بل قضاء حاجة مع انه يكره بيعه فعلم ان المنهي عنه هو لزوم الضرر
به دون قصد الاضرار به ثم لقائل ان يقول ان المالك اذا احتاج الى بيع احدهما
لحاجة مسته والى ابقاء الاخر في ملكه للخدمة ولم يجز له التفريق لتضرر به ايضا
مع ذلك تقدم حق الصغير وفيه دفع الضرر عنه لوجه يتضرر غيره الا ان يجاب
بان البايع يمكنه دفع الضرر عن نفسه بشراء عبد اخر للخدمة اما ضرر
الصبي فلا يمكنه دفعه فيجب تقديمه في الدفع نعم يشكل بان دفع الضرر
عن غيره لم يتعين في بيعه في الدين ورده الى البايع لامكان دفع الضرر عنه
باداء الدين من مال نفسه ورجوعه الى البايع بنقصان العيب الا يرى
ان رد المبيع بالعيب اذا امتنع لحق العبد بحدوث عيب اخر في يده او لحق الشرع
بان خاطه او صبغه احمر تعين الرجوع بالنقصان فكذا اذا امتنع العبد المبيع
قوله وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين
فيخص به عموم قوله من فرق الى اخره المعلل بالتفريق بين المحرمين ويقال الجائز
ان يكره التفريق مطلقا وكان تفريقه عليه السلام بين مارية وسيرين

لتعليم الجواز وقد علم ان ارتكاب المكروه من النبي عليه السلام لمصلحة تعليم الجواز
ليس بمكروه **باب الاقالة** **قوله** دفعا لحاجتهما وهما
قد يحتاجان اليه دفعا للغبن فان البيع عقد مرابحة ومغابنة بخلاف النكاح
حيث لا مغابنة فيه اذ المقصود منه الازدواج دون المال حتى يتحقق فيه الغبن
الى رفعه من الاصل كان لم يكن **قوله** والاصل الى اخره **فان قلت** هذا الاصل
يشكل بما اذا اشترى عبدا بكر وسط وتقابضا ثم تقايلا لا يلزمه رد عين
المقبوض ولا مثله انما يجب رد مثل المشروط في العقد سواء كان المقبوض اجود
من المشروط او اردى منه هكذا ذكر في عامة النسخ وعليه عامة المشايخ ولا يخفى
ان رد مثل المقبوض ومثل المشروط من حقوق المتعاقدين فلو اعتبرت
الاقالة فههنا فسخا للزمه رد مثل المقبوض لا مثل المشروط كما لو كان الرد
بالعيب بعد القبض بقضاء وبما اذا اشترى من له دين مؤجل عبدا من مديونه
بذلك الدين ثم تقايلا لا يعود الاجل وكذا اذا وجد المشتري عيبا فرده بغير
قضاء لا يعود الاجل فاعتبرت الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء بيعا جديدا
في حق الاجل وان كان من حقهما اذ لو اعتبرت فسخا لكان يجب ان يعود الاجل
كما لو كان الرد بالعيب بعد القبض بقضاء وبما اذا كفل بالدين ثم ان المديون
صالح مع رب الدين على عبد ثم تقايلا الصلح فانه لا يعود كفيلا فلم يجعل الاقالة
في حق الكفالة فسخا فيما بينهما لانها لو اعتبرت فسخا فيما بينهما لعادت الكفالة
كما لو كان بالدين رهن والرهن في يد الطالب بعد الصلح فتقايلا من غير شرط
الرهن فانه يعود الرهن قلنا بعض مشايخنا قالوا في الجواب ان الاقالة فسخ
فيما بين المتعاقدين معناه انه فسخ فيما بينهما فيما هو من موجبات البيع الذي
جرت الاقالة فيه واحكامه وحكمه ما يثبت بنفس البيع او بعارض شرط
يقرر حكمه فاما ما ليس من احكامه وهو ما يحتاج الى شرط لا يقرر حكمه فالاقالة
في حقه بيع في حقهما ايضا وذلك ان الاقالة فسخ لفظا بيع معنى فاعتبرنا اللفظ
فيما كان من احكام البيع من حقوقهما والمعنى فيما ليس من احكامه عملا بهما جميعا
وزيادة الجودة على المشروط ونقصانها عنه ليس من موجبات البيع فانه لا يجب
بالبيع وانما يثبت بعارض بان يزيد المشتري الجودة على المشروط او يبرئ
البايع عنها وكذا الاجل والكفالة ليسا من احكام البيع فاعتبرنا الاقالة
في حق هذه الاشياء بيعا فيما بينهما ايضا واما الرهن فهو وان كان يثبت
بالشرط الا انه شرع لاستيفاء حكم البيع وهو الثمن من مال المشتري والبيع
يوجب استيفاء الثمن من ماله فامكن ان يعتبر الرهن حكما للبيع بخلاف الكفالة
فانها شرعت للمطالبة من غير المشتري والبيع لا يوجب ذلك فلا يعتبر حكما

للبيع

للبيع هذا غاية ما قيل في الفرق بين الرهن والكفالة والظاهر ان سؤال
الكفالة غير وارد لان الكفيل ليس بعاقد فلا يمكن ان يجعل اقالة الصلح في حقه
فسخا بل بيعا جديدا ولو عاد كفيلا لزم ان يكون فسخا في حق غيرهما ايضا اما الرهن
فلا يتعلق بغيرهما فيكون فسخا في حقه ايضا ثم الحق ان الرهن لا يبطل بالصلح
عن الدين واداءه قبل استرداد المرهون بل يبقى رهنا كما كان على ما يجئ التصريح
به في اخر كتاب الرهن وذلك ان الدين لا يسقط بالاداء والصلح عنه بل يبقى
كما كان الا انه يمتنع المطالبة لانه تعقب مطالبة مثله فلا تفيد والرهن
كان بالدين والقبض وهما باقيان فيبقى الرهن حتى لو هلك يهلك بالدين ويسترد
ما ادى الى الداين ولما كان الرهن باقيا بعد الصلح قبل اقالته فلان يبقى بعد
الاقالة اولى الا انه قبل الاقالة كان له ان ينقض الرهن بقبض المرهون
لمكان استيفاء الدين وقد بطل الاستيفاء بالاقالة فلم يبق له حق قبض المرهون
فليس هذا من باب عود الرهن بعد الاقالة حتى يشكل الفرق بين الكفالة والرهن
اذ الكفالة تبطل بعد الصلح عن الدين لانها تعتمد المطالبة وهي تبطل بالصلح
والرهن يعتمد الدين والقبض وكلاهما باقيان بعد الصلح قبل اقالته فبعد اقالته
اولى فيبقى الرهن كما كان بخلاف الكفالة فانها لما بطلت بالصلح فبعد اقالته
لو عادت لعادت من حيث انها فسخ الا انها فسخ في حق المتعاقدين والكفيل غيرهما
فيكون بيعا في حقه فلا يعود الكفالة نعم لو عاد للمرتهن بالاقالة حق استرداد
المرهون من المديون اذا كان قد قبض الرهن بعد الصلح لاشكل الفرق بينه وبين
الكفالة ولكن ذلك ممنوع وفي قوله والرهن في يد الطالب اشارة اليه فتأمل
قوله ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت
بيعا في حقهما ايضا لبطلت كذا في الشرح **فان قلت** الفساد بالشروط الفاسدة
لحق الشرع لا لحق العبد والشارع غيرهما وفي حق الغير هو بيع جديد فينبغي
ان يفسد بالشروط التي لا يقتضيها العقد الا يرى ان البيع لو كان صرفا فالتقابض
شرط لصحة اقالته لانه حق الشرع وفي حقه هي بيع جديد **اجيب** بانها ان
كانت بيعا في غيرهما ولكن كونه بيعا في حق الثالث امر ضروري يثبت في ضمن
الفسخ لا بمقتضى الصيغة على ما يجئ والبيع اذا ثبت في ضمن الشيء لا يفسد بالشرط
الفاسد اذا كان ذلك الشيء لا يفسد به كما لو قال لغيره اعتق امتك على الف درهم
على ان تزوجنيها ثبت البيع مقتضى الاعتاق ولا يفسد بشرط النكاح قال
الامام فخر الاسلام والامام الكشاني ولم يبطل البيع بشرط النكاح لانه
مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق
وكذا الفسخ لا يبطل بالشرط الفاسد فلا يبطل به البيع الثابت في ضمنه

بخلاف التقابض في الصرف فانه لو لم يشترط لم يتحقق كونه بيعا في حق الثالث
اذ التقابض شرط لبقاء العقد منعقدا على ما يجيء فيكون فواته مبطلا لاصل العقد
فلا يكون بيعا في حق الثالث ايضا وهو بيع في حقه فلا بد من التقابض وهذا
لان البيع اذا ثبت ضرورة انما يسقط عنه ما يحتمل السقوط في الجملة والتقابض
في البيع الصرف لازم لا يحتمل السقوط بحال اما الشرط الفاسد فيحتمل العفو
كما اذا ورد به النص او صار متعارفا **قوله** بيع جديد في حق غيرهما **فان قيل**
ذكر محمد رح انه لو تساوم رجلا بدار بالف درهم فابى فقال الاخر بعه بالف
على اني ضامن لك خمسمائة درهم من الثمن سوى الالف فباعه منه ان البيع
جايز وينقد المشتري الفا والكفيل خمسمائة فاذا نقدا ذلك وقبض المشتري
الدار ثم تقايل المشتري مع البايع البيع ففي قياس قول ابي حنيفة ومحمد رح الدار
للبايع ويرد الالف على المشتري والخمسمائة على الكفيل فاعتبر الاقالة فسخا
في حق الكفيل وانه ثالث ولو اعتبر بيعا جديدا في حقه لما وجب على البايع
ان يرد الخمسمائة الى الكفيل كما لو اشترى البايع من المشتري ثانيا **قلنا** ان
الكفيل من تلك المسئلة عاقد حكما لان الزيادة منه قد صحت والزيادة لاثبات
صفة من صفات العقد والمثبت لاصله عاقد فكذا المثبت لوصفه والاقالة
فسخ في حق العاقد فيما كان من حقوق العقد وايضا تعذر ان يجعل الزيادة
سالمة للبايع اذ البيع قد انفسخ في حقه وتعذر ان يجعل سالمة للمشتري
ايضا لان الاقالة قلب البيع فانما يستوجب المشتري بالاقالة على البايع
ما كان يستوجب البايع عند البيع عليه والبايع هنا بالبيع استوجب
على المشتري الف درهم لا غير فكذا المشتري عند الاقالة لا يستوجب على البايع
الا الالف فبالضرورة جعلناها للكفيل لانه احق الناس بها كذا ذكر
في الذخيرة في الفصل الحادي والعشرين من كتاب الكفالة وفي الجوابين نظر
اما في الاول فلانه لو كان الكفيل عاقدا حكما وكانت الاقالة فسخا في حقه
ايضا وجب ان لا يثبت له حق الشفعة بهذه الاقالة لو كان شفيعا لتلك
الدار وذا ممنوع وايضا سلمنا انه عاقد الا انه عاقد لم يفسخ البيع بل هو
ساكت فكيف يكون فسخا ارايت لو كان عاقدا حقيقة اينفسخ العقد في حقه
بلا فسخه لا فكذا اذا كان عاقدا حكما واما في الثاني فلانه كما تعذر ان يجعل
الزيادة للبايع من حيث ان البيع قد انفسخ في حقه تعذر جعله للكفيل ايضا
من حيث ان الاقالة بيع جديد في حقه لانه ثالث وكما ان الكفيل احق بالزيادة
من حيث انها كانت له فالبايع احق بها من حيث انها صارت له فاستويا **قوله**
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع **قلت**

لوكان

لو كان امرا ضروريا لما صح الاحتيال في جعله بيعا عند تعذر كونه بيعا وقد
احتال المصنف رح في جعله بيعا في اقالة السلم حيث قال فان تقايلا السلم
لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه كله لانه اخذ
شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد
في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا
لانه دين مثله هذا لفظه فانظر انه كيف احتال في جعل الاقالة بيعا حيث جعل
راس المال مبيعا لتصحيح كون الاقالة بيعا في حق الثالث فلو كان امرا ضروريا
لما احتيج الى الاحتيال في اثباته بعدما تحقق مقتضى صيغته على الكمال وايضا
لما كان كونه بيعا ضروريا لكان من لوازم الاقالة فاستحال التنافي بينهما اذ
اللازم مع الملزوم لا يتنافيان ابدا وتحقيقه ان الاقالة بيع ان كان لا يجتمع
مع ذلك البيع لكونها عبارة من رفعه ورفع الشيء مع اثبات ذلك الشيء محال
اما رفع الشيء مع اثبات غيره فلا يتنافيان والاقالة رفع للعقد السابق
واثبات اخر بينهما فلا يصح ان يراد بها اثبات العقد السابق لمكان التضاد
بينهما واما ثبوت بيع اخر فلا منافاة بينه وبين رفع العقد السابق فجاز
ان يذكر الاقالة ويراد ما يلازمه من العقد الاخر **قوله** لان الحط يجعل
بازاء ما فات من العيب **فان قلت** كيف يجعل المحطوط بازاء العيب والاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن **قلت** ذكر في الكافي في فصل المتفرقات ان الوصف
لا قسط له من الثمن قبل القبض وهو يأخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا
بالامساك عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح
عن عيبه على امة قبل القبض لم تكن الامة عوضا عن العيب بل زيادة في اصل
المبيع حتى كان الثمن على العبد والامة على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا
رده بحصته من الثمن ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب
حتى لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن هذا كلامه نعم يشكل بما
ذكر في الكافي في باب المرابحة من قوله لو اشترى امة فاعورت عنده او وطيها
وهي ثيب باعها مرابحة بلا بيان لان جميع ما يقابله الثمن قايم اذ الفايت وصف
فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات بلا صنع احد ومعنى الامانة بالصدق وهو
صادق اذ بقي ما يقابله الثمن هذا كلامه فلم يجعل هنا بمقابلة الوصف شيئا
من الثمن بعد القبض ايضا فالفرق بين مسئلة المرابحة ومسئلة الاقامة بالاقل
من حيث انه لم يجعل بمقابلة الوصف شيئا من الثمن في المرابحة حتى جوزها بلا بيان
وجعل شيئا منه بمقابلة الوصف في يد المشتري في مسئلة الاقالة مشكل
قوله لان الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد الخ وهذا يؤيد قول ابي حنيفة رح

انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشروط الفاسدة كالبيع كذا في الكافي
وفيه نظر لان هذا انما يؤيد ان لو كان عدم بطلانها بالشروط الفاسدة
متفقا عليه وليس كذلك فقد ذكر الشارح ان هذا الذي ذكر بانها لا تبطل
بالشرط الفاسد قول ابي حنيفة رض واما عند ابي يوسف رح فتبطل بها لانها
عنده بيع فتفسد كساير البياعات فكان الاختلاف في بطلانها بالشرط
مختلفا فيه بناء على اختلافهم في انها بيع او فسخ فلا يكون عدم بطلانها بالشروط
الفاسدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه بناء على انها فسخ عنده مؤيدا قوله
قوله والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رض ومحمد رح
وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار تكون بيعا عنده
لامكان البيع قلت ذكر في شرح الزيادات انه لو تقايلا البيع جاز بيعه
اي بيع البايع من بايعه باقل مما اشترى منه قبل القبض كانت الاقالة او
بعده اما بعد القبض فلان الاقالة كالبيع الجديد وفي البيع الجديد البيع
بالاقل جايز وقبل القبض بيع ايضا لكنه فاسد فيوجب ملكا جديدا عند القبض
فافاد جواز البيع فعلم ان الاقالة قبل القبض ليس بفسخ من كل وجه بل هو بيع
جديد في حق الثالث قوله وهو قايم بالمبيع دون الثمن فان قلت من اين
وقع هذا التفاوت بينهما وهما مالان يشترط ذكرهما في انعقاد البيع على السواء
قلت لان للمبيع مزية فانه مال حقيقة وحكما والثمن دين والدين مال حكما
فلا بد من مزية وقد تعذر في حق الانعقاد لانه لا بد له من ثمن ومثمن فاظهرناه
في حق البقاء فجعلنا بقاء العقد مضافا الى قيام المبيع دون الثمن كذا في الشرح
وفيه نظر لان مزية المبيع على الثمن قد ظهر في حق الانعقاد ايضا اذ البيع
لا ينعقد بدون ذكر المبيع اصلا وينعقد بدون ذكر الثمن وان كان فاسدا
والمسئلة مذكورة في كتاب الوصايا

باب المرابحة والتولية

قوله لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن وجهالة الثمن
تمنع جواز العقد كذا في الحاشية واليه اشير في الشرح وفي الحاشية الاخرى
والاحتراز عن المجهول واجب لان مبناهما على الامانة وفيه شبهة الخيانة
وفيه نظر لما عرف انه لو ملك الثوب مثلا بميراث او هبة او وصية فقوم قيمة
ثم باعه على القيمة جاز مع ان القيمة تعرف بالحزر وقد صح المرابحة عليها وجوابه
ان الامانة في بيع المشتري تولية او مرابحة ان لا يوليه او لا يرابحه على اكثر مما قام
عليه فلا يصح بخلاف الموروث او الموهوب فان الامانة فيه ان لا يرابح على اكثر
مما قومه المقومون فاذا رابح على ما قوموه به كان امينا قوله ولو كان المشتري
باعه صح مرابحة هذا في المعنى استثناء من قوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون

العوض مما له مثل يعني لا اذا كان المشتري وهو الذي يريد ان يشتريه ممن اشتراه
بالعوض مالكا لذلك البدل بوجه من وجوه الملك فح يجوز ان يشتريه مرابحة
اذا باع منه المشتري الاول بذلك البدل وبربح درهم او شيء من المكيل موصوف
في الذمة ثم ليت شعري ما وجه تقييده بقوله موصوف وانه كما جاز بشيء من المكيل
موصوف جاز بشيء من المكيل معين اذ المكيلات تتعين بالتعيين والاشارة
اذ لا منع من ان يشتريه بذلك البدل وبقفيز حنطة معين مشار اليه قوله ممن
يملك ذلك البدل الظاهر انه خبر كان اي كان الذي يريد الشراء كاينا ممن يملك
وقيل انه يتعلق بالمشتري وكانه جعل المشتري بمعنى البايع بقرينة قوله وقد باعه
وكان تامة اي لو وجد البايع ممن يملك الى آخره قوله لانه يقدر على الوفاء
بما التزم وهو المحافظة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة قوله وان باعه
عطف على ما هو المفهوم من قوله وقد باعه اي انما يجوز ان يبيعه مرابحة ممن يملك
ذلك البدل اذا باع منه بذلك البدل وبشيء من المكيل او الموزون وان باعه
بربح ده يازده بان يكون للبايع بمقابلة كل عشر من قيمته احد عشر لم يجز لانه
في الحقيقة بيع منه بذلك البدل وبعشر قيمته وانه مجهول قوله لانه ليس من ذوات
الامثال وقيمة ده يازده انما يتصور في ذوات الامثال والعرض ليس منها
فلا بد من اعتبار قيمته فيكون بيعا بذلك العرض وبعشر قيمته قوله لان الصبغ
واخواته يزيد في العين يشير الى ان القصارة ايضا يزيد في العين وذلك
فيما اذا قصره بما يتخذ من الحنطة وهو النشاسة ونحوه ظاهر واما اذا قصره بنحو
الحرض مما لا يبقى اثره في العين فينبغي ان يكون مما يزيد في القيمة لانه لا يزيد
في العين شيئا حتى لا يكون للقصار ان يحبس للاجرة قوله بخلاف اجر الراعي
وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى في الكافي ولان اجر الراعي
للحفظ كاجر بيت يحفظ فيه الغنم وهذا مشكل لما سيأتيك في كتاب الرهن ان اجر
بيت يحفظ فيه الرهن واجر الحافظ على المرتهن واجرة راعيه ونفقة الرهن على الراهن
والاصل ان كل ما يرجع الى البقاء فهو على الراهن مثل النفقة في ماكله ومشربه
واجر الراعي لانه يحتاج فيه لعلف الحيوان فهو كالطعام وما يرجع الى حفظه فهو
على المرتهن مثل اجر الحافظ لان الحفظ واجب عليه والامساك حق له فيكون
مؤنته عليه وكذا اجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن في الروايات المشهورة لان
الحفظ على المرتهن ولا يتأتى الحفظ الا في منزل فمؤنة ذلك تكون على المرتهن
وهذا لانه في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد احياء الرهن وعن ابي يوسف رح
ان كري المأوى على الراهن لانه بمنزلة النفقة لكونه سعيا في تبقيته هذا لفظ الكافي
فقد الحق اجر الراعي بعلف الحيوان وجعله كالطعام فيما لزمه الراهن وجعله هنا

الحفظ والحقه باجر البيت الذى يحفظ فيه الغنم واجرة الحافظ فلم يضم الى راس
المال فان اعتبر اجر الراعى كعلف الحيوان من حيث انه سبب لعلفه حيث يذهب
بالغنم الى المرعى ويمكنها من الاعتلاف كما ذكر فى الرهن وجب ان يضم الى راس المال
فى المرابحة والتولية وان اعتبر اجر الحفظ كاجر الحافظ والماوى لجب ان يكون
على المرتهن كما يكون اجر الحافظ عليه وكذا اجر الماوى فى الروايات المشهورة وجوا
ان الراعى انما يستحق الاجر باعتبار الحفظ وتسببه لعلف البهيمة جميعا غير ان
الحفظ تابع والمقصود هو تسببه للاعتلاف وهو المقصود الاصلى الحقنا اجر
الراعى بالعلف واوجبناه على الراهن ترجيحا للمقصود على التابع ومن جنبات
الحفظ ايضا واجب عليه وان لم يكن مقصودا لم يضم اجره الى راس المال فى المرابحة
والتولية لان مبناهما على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة ولا اقل هنا
من شبهة كون الاجر بمقابلة الحفظ فاعتبرناه فى حقهما باجر الحافظ وبالطعام
فى حق اللزوم على الراهن لانه الراجح والله اعلم بالصواب **قوله** وبخلاف اجرة
التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته **وفيه بحث** لان اجرة حمل
الطعام يضم الى راس المال لما ان الحمل يزيد فى القيمة اذ هى تختلف باختلاف
المكان مع ان ازدياد القيمة انما يكون برغبات الناس وقلة الاعيان لا بالحمل
قوله لانه يتاكد بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب **فان قلت**
فما تقول فيما اذا شرط البراءة من كل عيب وامتنع الرد بحدوث عيب اخر
فى يد المشترى **اجيب** بان احتمال الرد لا ينقطع بشرط البراءة عن كل عيب
لان الشافعى لا يجوزه فيحتمل ان يرافع الامر الى قاض شافعى فيحكم بصحة الرد
وفيما اذا احدث عيب فى يد المشترى ان كان يمتنع الرد فهو يرجع بالنقصان
فاما اذا باع من بايعه فينقطع ولاية الرجوع ايضا فيحصل التاكيد بشراء البايع
لا بحدوث العيب فى يد المشترى ثم التحقيق ان الظهور على العيب ليس بسبب
متعين لرد العقد لجواز ان يبطل العقد بسبب اخر من الاسباب فيبطل الربح
يشعر به ما ذكر فى المحيط بقوله انه لما باعه اولا وربح كان الربح على شرف السقوط
بان يرد بالعيب او يبطل العقد بسبب من الاسباب فلما اشتراه منه بعد ذلك
تاكد الربح والتاكيد اثبات من وجه الى اخر ما ذكر فالمصنف رح ذكر الظهور
على العيب على وجه التمثيل لا على انه هو المتعين بفسخ العقد والكلام على حذف
المعطوف اى بالظهور على عيب وبسبب اخر كالتحالف والاقالة **قوله** فيصير
كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة **فان قيل** فينبغى ان لا يجوز الشراء بالعشرة فيما
اذا باعه بالعشرين لانه يصير كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا
قلنا للتاكيد شبهة الايجاب فى حق العباد لا فى حق الشرع وجواز المرابحة

لمعنى يرجع الى العباد فيؤثر التاكيد فيه واما جواز البيع وعدمه فى شبهة الربوا
فحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوايد الامام
مولانا حميد الدين رح كذا فى الشرح ولكن هذا يخالف ما ذكر المصنف رح
فى باب الاحرام حيث قال اذا اصاب محرم صيدا فقتله محرم اخر فى يده فعلى كل واحد
منهما جزاوه اما الاخذ فلانه متعرض للصيد الامن والقاتل مقرر لكن ذلك
كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا فقد جعل التاكيد حكم الايجاب
فى حق الشرع لان ضمان الصيد على المحرم واجب لحق الشرع ثم قد يجاب بان هذه
الشبهة مهدرة فى حق الربوا بعد نقد الثمن اجماعا لان شراء ما باع باقل مما باع
بعد نقد الثمن جايز اجماعا ولا اجماع فى عدم اعتباره فى حق المرابحة فبقى
معتبرا **قوله** لان التاكيد حصل بفعل غيره **وفيه بحث** للقطع بان احتمال
الرد بالعيب على البايع لا ينقطع ببيع المشترى من غيره لجواز ان يرد المشترى
الثانى الى المشترى الاول بالعيب بقضاء القاضى ثم يرد المشترى الاول
على بايعه ويرجع بالثمن فلا يكون التاكيد حاصلا بفعل غيره بل بشراء البايع
الاول تخلل هناك ثالث اولا لان التاكيد انما حصل بانقطاع احتمال الرد
وهو باق عند تخلل الثالث ايضا وانما ينقطع بشراء البايع الاول فيكون
التاكيد بشرائه لا بتخلل الثالث وغاية ما يمكن ان يقال لتخلل الثالث ان
كان لا يقطع احتمال الرد راسا فلا شك انه ينزل شبهة سقوط الثمن
الى شبهة الشبهة لاحتمال ان المشترى الثانى لا يرده على الاول بالعيب
ولو رده فالاول يحتمل ان لا يخاصم بايعه بالعيب ولا يرده اليه والنازل
عن الشبهة غير معتبر **قوله** فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح الذى
هو حصة رب المال لانه لا يستفيد بهذا التصرف الا ولاية التصرف وفيما
وراءه هو فى حكم العدم واما الذى يستحقه المضارب فلا شبهة فيه اصلا
ولقائل ان يقول لما كان فى هذا البيع شبهة العدم من حيث انه شراء ماله بماله
وانه بيع الوكيل مال الموكل من نفسه لا بد وان تمكن شبهة عدم الربح فى النصفين
جميعا اذ الربح بناء على العقد فكان ما يصيب المضارب من الربح كالتبرع
من قبل رب المال فيجب ان يعتبر تبرعا فى بيع المرابحة الحاقا للشبهة بالحقيقة
وجوابه سلمنا ان فى نصيب المضارب شبهة التبرع لكن هذا تبرع يتوقف
عليه سلامة المبيع للمشترى فيلحق بالثمن **قوله** لان الاوصاف لا يقابلها
شئ من الثمن **فان قيل** الاجل وصف يقال ثمن مؤجل وقد وجب بيان الاجل
على ما ياتى **قلنا** ان الاجل وان كان وصفا لكن له قسط من الثمن على ما ياتى
كذا فى الشرح ولكن ذكر المصنف فى التحالف ان الاجل ليس بوصف الثمن

فمن جنبات تسبب للاعتلاف ح

موجود بعد مضيه ولان الثمن حق البايع والاجل حق المشتري ولو كان وصف
الثمن لكان حق البايع ولهذا اذا اختلفا في الاجل لا يتحالفان ولو اختلفا
في وصف الثمن كالبخاري مثلا يتحالفان فلا اشكال ثم هنا بحث وذلك
لما مر ان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن بعد القبض وان كان لا يقابلها
شئ منه قبل القبض الا يرى انه لو قال المبيع بخمسمائة بعدما يعيب في يد المشتري
وقد باعه بالف صحت الاقالة ويجعل المحطوط بمقابلة الوصف اذ الاوصاف
يقابلها شئ من الثمن بعد القبض وبالجملة ان الوصف ان كان يقابله شئ
من الثمن بعد القبض كما نص عليه في الكافي وجب ان لا يصح المرابحة بلا بيان
اذا اعورت الامة المشتراة عند المشتري والا وجب ان يصح الاقالة بعد
التعيب باقل مما باع وقد صح والله اعلم بالصواب **قوله** ولهذا لو فاتت
قبل التسليم لا يسقط شئ من الثمن مشكل لما ذكر في الكافي ان الوصف لا قسط
له من الثمن قبل القبض وهو يأخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك
عند قبض المشتري حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه على امة
قبل القبض لم تكن الامة عوضا عن العيب بل زيادة في اصل المبيع حتى كان الثمن
على العبد والامة على قدر قيمتيهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته
من الثمن فعلى هذا لا يصح قياس ما بعد القبض على ما قبله **قوله** فعلم فان شاء
رد وان شاء قبل وذكر في المحيط ثم في الاجل المشروط اذا باعه من غير بيان
وعلم به المشتري فله الخيار ان شاء رضي به وامسكه ذكر المسئلة في الاصل
والجامع الصغير وهي رواية فيمن اشترى شيئا وصار مغبونا فيه غبنا فاحشا
له ان يرد على البايع بحكم الغبن اليه اشار محمد في كتاب الصلح وكان القاضي
علي النسفي يحكي عن استاذه انه كان يقول في المسئلة روايتان عن اصحابنا
وكان يفتي برواية الرد رفقا بالناس فكان القاضي الامام صدر الاسلام
ابو اليسر والامام ركن الاسلام ابو بكر والقاضي الامام جمال الدين رحمهم الله
يفتون ان البايع ان كان قال له قيمة متاعي كذا او متاعي يساوي كذا فاشترى
بناء على ذلك ثم ظهر بخلافه كان له ان يرده بحكم التغرير اما اذا لم يقل له ذلك
فليس له الرد وغيرهم كانوا لا يفتون بالرد على كل حال والصحيح ان يفتى بالرد
اذا وجد التغرير وبدونه لا يفتى كذا في الشرح وذكر المصنف ع في باب
دعوى الغلط في القيمة انه لا يعتبر الغبن في البيع حيث قال ولو اختلفا
في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا يعتبر به في البيع فكذا في القسمة
لوجود التراضي هنا كلامه ومسئلة المرابحة لا تصلح رواية لان الرد فيها
باعتبار شبهة الخيانة لا باعتبار الغبن **قوله** لان للاجل شبها بالمبيع

الايرى

الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل **فان قلت** قد يزاد في الثمن لاجل الوصف ايضا
اجيب بان الوصف وان زيد في الثمن لاجله الا انه لا يحتمل ان يجعل بمقابلته شئ
من الثمن لان الوصف يتبع الذات ولو قسم الثمن عليهما لزاحم التبع الاصل والاجل
ليس بوصف للمبيع فلو قسم الثمن عليه وعلى المبيع لا يلزم مزاحمة التبع الاصل كذا
ذكر في بعض الشروح **وفيه نظر** لان الثمن وان كان لا يصح ان ينقسم على الوصف
لئلا يزاحم التبع الاصل فلا مانع من شبهة الانقسام باعتبار انه يزاد في الثمن
لاجل الوصف وذلك يكفي لعدم جواز المرابحة الا بالبيان الا يرى انه لا يرابح
بلا بيان الاجل مع ان الثمن لا ينقسم على المبيع والاجل جميعا بل الثمن بمقابلة
المبيع وليس له بالنسبة الى الاجل الا شبهة الانقسام حتى لو هلك المبيع في يد
المشتري مرابحة ثم ظهر انه كان قد اشتراه مؤجلا لزم الثمن بكماله ولا ينقص
بمقابلة الاجل شئ **قوله** ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم في المجلس **فان قلت**
ما وجه الفرق بين البيع بالرقم وبيع الصبرة بالصبرة مجازفة من حيث انه لو علم
بالرقم في المجلس ينقلب جايزا على رواية الكتاب وان كيلت الصبرتان بعد
ما بيعتا مجازفة فكانتا متساويتين في الكيل لم يجز مع ان احتمال الفضل لا يبقى
بعد ظهور تساويهما في الكيل **اجيب** بانه ذكر الشارح في اول الصرف نقلا
عن شرح الطحاوي ان العقد فيما اذا بيعت الصبرتان مجازفة فكيلتا فكانتا
متساويتين انما لا ينقلب جايزا اذا كيلتا بعد الافتراق اما اذا علم مساواتهما
بالكيل في محل العقد يجوز البيع فلا حاجة الى الفرق ولو سلم انه لا ينقلب جايزا
مطلقا تمسكا باطلاق ما نقله الشارح من المبسوط في باب الربوا بقوله وان
تبايعا صبرة بصبرة وكيلتا بعد ذلك وكانتا متساويتين لم يجز العقد فالفرق
ان الفساد في البيع بالرقم انما هو باعتبار جهالة الثمن وهي ترتفع قبل تقرره بالاعلام
في المجلس فينقلب جايزا اما الفساد في بيع المجازفة فباعتبار توهم الفضل والموهوم
كالمتحقق فيما بني على الاحتياط فيصير كان الفضل كان متحققا ثم ارتفع بالكيل
وبمثله لا ينقلب جايزا الا لو ازال الدرهم بالدرهمين لا ينقلب جايزا لتمكن الفساد
في صلب العقد كذا هنا **فصل قوله** فلان فيه غرر انفساخ العقد
على اعتبار الهلاك **وفيه بحث** اما اولا فلان القبض في البيع يتعجل فيندر هلاكه
قبله فلا يكون فيه غرر الانفساخ على اعتبار الهلاك لان الهلاك في مثل
هذه المدة نادر فصار كالعقار غير ان الهلاك في العقار نادر في ذاته وفي المنقول
نادر في مثل هذه المدة الا يرى انه لو باع باناء بعينه لا يعرف مقداره يجوز لما
ان التسليم يتعجل في البيع فيندر هلاكه قبله فلا يفضي الى المنازعة على اعتبار
الهلاك فكما يجوز البيع باناء لا يعرف مقداره باعتبار ان التسليم يتعجل والهلاك

فى مثل هذه المدة نادر ينبغى ان يجوز بيع المنقول قبل القبض بهذا الاعتبار ايضا
وجوابه ان النص وهو انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض بعمومه يقتضى فساد
بيع المنقول وغيره لكن خص عنه بيع المهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح
عن دم العمد لاجماعنا على جواز التصرف قبل القبض فيها والعام الذى خص عنه يجوز
تخصيصه بالقياس على الفرد المخصص بتعليل المخصوص وقد عللناه بعدم الغرر
فخصصنا العقار ايضا اذ لا غرر فيه اذ الغرر انما يلزم على اعتبار الهلاك
وهو فى العقار نادر لا سيما فى مدة التسليم بحكم البيع فصار كانه لا يحتمل
الهلاك اصلا فيكون بيعه قبل القبض كبيع الصداق قبله واما المنقول فلا يمكن
قياسه على الصداق ونحوه لان الهلاك فيه ان كان يندر فى مدة التسليم
فهو لا يندر فى ذاته فلا يكون فى معنى الصداق الذى لا غرر فيه بوجه فلو خصصنا
بالرأى لزم التخصيص لا بالقياس على الفرد المخصوص وذلك باطل فيبقى تحت
عموم النص بخلاف البيع باناء لا يعرف مقداره فان قوله تعالى احل الله البيع
بعمومه يقتضى جواز البيع لكنا خصصنا منه بيعا يفضى الى المنازعة كالبيع
الى الآجال المجهولة او بثمن مجهول والبيع باناء لا يعرف مقداره لا يفضى الى المنازعة
لان الهلاك فيه نادر فلا يمكن قياسه على ما يفضى الى المنازعة فبقى داخلا
فى عموم النص واما ثانيا فلانه لو اشترى عينا من رجل بدراهم فتقابضا فتقايلا
ثم باعه من المشترى قبل القبض بحكم الاقالة جاز مع ان فيه غرر الانفساخ
لجواز ان ينفسخ الاقالة بهلاك المبيع قبل قبضه بحكم الشراء الثانى اذ لا بد
من تجديد القبض حيث لا ينوب قبض المشترى عن قبض الشراء الثانى لان المبيع
فى يده بعد الاقالة مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشراء بخلاف
قبض الغصب والحاصل ان كل قبض لا يكون مضمونا او كان مضمونا بغيره لا ينوب
عن قبض الشراء وكل قبض كان مضمونا بنفسه وهو القيمة ينوب عنه هكذا
ذكر فى الكافى فى باب الاقالة ومتفرقات البيوع ايضا واذا كان المشترى
محتاجا الى تجديد القبض فيما اذا اشترى بعد الاقالة وجب ان لا يجوز شراؤه
لما فيه من غرر الانفساخ على اعتبار الهلاك قبل تجديد القبض فان قلت
ذكر فى حاشية الكنز فى اول الاقالة ان البايع اذا باع المشترى بعد الاقالة
قبل التسليم صح ولا يحتاج الى تجديد القبض قلنا هو سهو من الكاتب لما ذكرنا
من الكافى ان القبض المضمون بغيره لا ينوب عن قبض الشراء والصواب
ويحتاج المشترى الى تجديد القبض فهكذا ذكر فى بعض النسخ وفى الذخيرة
اشترى عبدا فتقابضا ثم تقايلا ثم المشترى اشتراه ثانيا من البايع قبل
ان يسلمه اليه حتى صح الشراء لا يصير المشترى قابضا بنفس الشراء حتى لو هلك

قبل ان يجدد المشترى قبضا يهلك بالعقد الاول ويبطل الاقالة والبيع
الثانى لان العين بعد الاقالة مضمون بالثمن حتى لو هلك فى يد المشترى
لزمه الثمن ومثل هذا القبض لا ينوب عن قبض الشراء هذا كلامه نعم
ذكر فى المنتقى رواية مجهولة رجل اشترى من رجل عبدا وقبضه ثم اقال البيع
ثم باعه من الذى هو فى يديه قبل ان يقبضه فالبيع باطل ولكن هذا خلاف
المختار من الرواية التى اشار اليه محمد رح فى بيوع الجامع واما ثالثا فلان
غرر انفساخ العقد على اعتبار هلاك البيع قبل التسليم الى المشترى مما لا يمكن
الاحتراز عنه فما من بيع الا وفيه هذا الغرر ومثله غير معتبر لما فيه من سد
باب البياعات فلو قال ولان فيه غرر ان يظهر فى الآخرة انه باع ملك غيره
يسلم عن هذا الاعتراض فكانه اراد بغرر الانفساخ غرر انفساخ العقد
الاول وكنى بهذا الغرر عن غرر ان يظهر فى الآخرة انه باع ملك غيره لان غرر
انفساخ العقد الاول على اعتبار الهلاك يستلزم غرر ان يظهر فى الآخرة انه
باع ملك غيره فكنى به عنه والنكتة فى العدول عن التصريح الى الكناية التنبيه
على العلة فان مدار غرر ان يظهر فى الآخرة انه باع ملك غيره انما هو غرر انفساخ
العقد الاول ثم اعترض الشارح هنا بان غرر الانفساخ فيما بعد القبض
متوهم ايضا على تقدير ظهور الاستحقاق وبان العقار يتوهم فيه انفساخ
العقد بالرد بالعيب واجاب عن الاول بانا لو قلنا به لزم انسداد باب
البيع اذ ما من بيع الا وفيه غرر الانفساخ بظهور الاستحقاق وعن الثانى
انه متى جاز فيه البيع يصير ملكا للمشترى وح لا يتمكن المشترى الاول
من الرد فلا يتوهم الانفساخ به وجاز ان نقول فى الجواب بان المفسد
من الغرر انما هو غرر الانفساخ لا غرر الفسخ والغرر على اعتبار الاستحقاق
غرر الفسخ لان القضاء باستحقاق المبيع من المشترى لا يوجب انفساخ
العقد ولكن يوجب وقفه على اجازة المستحق الا ان للمشترى ان يرافع
الامر الى القاضى حتى يفسخه ويلزم الثمن على البايع او يصبر حتى يجيز المستحق
ففيه غرر الفسخ وهو غير مفسد اجماعا اذ البيع بشرط الخيار جايز بالاجماع
وفيه غرر الفسخ وقد اجيب فى الحاشية بان الاستحقاق خلاف الاصل
لان الاصل ان يبيع ملكه لا ملك غيره وهو ضعيف لما ان عدم الهلاك
ايضا اصل اذ الظاهر فى كل ثابت بقاؤه قوله وقال محمد لا يجوز رجوعا
الى اطلاق الحديث ويقال الحديث ليس بمطلق فقد صح بيع الصداق وبدل
الصلح عن دم العمد وبدل العتق وبدل الخلع قبل القبض اجماعا فهو اذن عام
لا يمكن اجراؤه على العموم فيحمل على اخص الخصوص والمنقول مراد اجماعا

فسقط ارادة غيره وجوابه المنع فانا لا نسلم انه عام لا يمكن اجراؤه على العموم حتى يحمل على الاخص بل هو عام خص عنه ما ذكرنا مما ليس فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك اصلا ولا يمكن الحاق العقار به لقيام غرر الانفساخ فيه على اعتبار الهلاك فان العقار اذا هلك قبل التسليم الى المشتري انفسخ العقد اجماعا فيبقى تحت العام والعام المخصوص عنه البعض حجة فيما بقي فيه من الافراد والفرق بين العام الذي لا يمكن اجراؤه على العموم والعام الذي خص عنه البعض قد مر في اول الكتاب فعليك به قوله واعتبارا بالمنقول وهذا لان البيع لم يشرع الا بالقدرة على التسليم وذا يكون باليد ولا يد للمشتري على المبيع قبل القبض كذا في الكافي وفيه نظر لان تمكن المشتري من تسليم المبيع قبل ان يقبضه من بايعه الى مشتريه ليس باقل من تمكن المالك من تسليم المغصوب الى المشتري منه اذا كانت له بينة عادلة او اقرار من الغاصب سيما بعد تسليم الثمن الى البايع وبيع المالك والمبيع في يد الغاصب جايز اذا كانت له بينة عادلة او اقرار من الغاصب فكذا بيع المشتري قبل القبض ولانا قد ذكرنا ان بيع الصداق ونحوه مما عددناه جايز قبل القبض اجماعا ولا يد هنالك للبايع على المبيع حقيقة قوله لان الهلاك في العقار نادر وما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض خص عنه مواضع فيخص العقار بهذا الدليل ذكر في المبسوط والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض فيجوز تخصيصه بالقياس فيحمله على المنقول والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت قبل القبض والشفيع يتملك ببدل فلو كان قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت حق الاخذ قبل القبض كذا في الشرح وفيه نظر لما عرف ان الشفيع انما يتملك البقعة قبل القبض بطريق تحول الصفقة من المشتري اليه فيصير هو كالمشتري من البايع ولهذا يرجع بالعهدة على البايع دون المشتري فلم يكن من قبيل تملك العقار من المالك قبل قبضه من بايعه وهو ظاهر قوله والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به وقد يشكل بان المصنف رح ادار فساد البيع قبل القبض على الغرر هنا وقد علل الفساد في غير موضع ببيع المبيع قبل القبض ولا غرر هناك منها ما ذكر في السلم حيث قال وان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه هذا كلامه ولا يخفى انه لا غرر في التصرف في رأس المال بان اشترى به شيئا اما اذا كان من الاثمان فظاهر لانها لا تتعين وكذا اذا كان عرضا لان الاقالة في السلم لا يحتمل الانفساخ حتى يظهر انه تصرف في ملك غيره ومنها

ماذكر

ما ذكر في الصرف فقال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان الثمن في باب الصرف مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز فقد علل فساد بيع الثوب ببدل الصرف بانه بيع المبيع قبل القبض ولا غرر هنا اصلا لان الدراهم لا تتعين في البيع بل ينصرف الى مطلقها قوله والغرر المنهي هو غرر انفساخ العقد قلت بل الغرر المنهي عنه مطلق الغرر لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع غرر وانه باطلاقه يتناول لكل غرر حتى لم يجز بيع الجنين وبيع اللبن في الضرع لما فيه من الغرر في وجود المبيع وانه ليس بغرر انفساخ العقد فكان المراد والغرر المنهي بما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض هو غرر انفساخ العقد اذ الحديث معلول بهذا الغرر فكان المنهي هو غرر الانفساخ لا بيع ما لم يقبض من حيث انه غير مقبوض اذ المعتبر هو المعنى المفهوم من النص دون ظاهره فكانه روي انه عليه السلام نهى عن بيع فيه غرر الانفساخ فلا يتناول العقار بمعناه وان تناوله بظاهره والاعتبار للمعنى فكان المقصود من قوله والغرر الى قوله والحديث معلول به هو الجواب عن تمسك محمد رح باطلاق وحاصله ان النص وان تناول العقار بظاهره فهو لا يتناوله بمعناه لما علل هو به والاعتبار للمعنى دون الظاهر ولكن في العبارة نوع تعقيد والاظهر في هذا المقصود ان يقال والمنهي هنا هو غرر الانفساخ اذ الحديث معلول به لا بيع ما لم يقبض من حيث انه غير مقبوض فلا يدخل فيه العقار لانعدام غرر الانفساخ فيه لندرة هلاكه سيما في مدة التسليم قوله والحديث معلول به لا يخفى ان هذه العلة ليست بلغوة حتى يجوز به ترك موجب العبارة بها بل هي اجتهادية وترك موجب النص بتعليله الاجتهادي لا يجوز قوله عملا بدليل الجواز الاضافة للجنس اي بدليل الجواز وهو القياس على ما يجوز التصرف فيه قبل قبضه من الصداق ونحوه او نقول معناه لما كان الحديث معلولا بغرر انفساخ العقد كان المنهي هو البيع مع غرر الانفساخ فلا يتناول العقار بمعناه وان تناوله بالصورة واذا لم يتناوله يجوز بيعه عملا بدليل الجواز اعني قوله تعالى احل الله البيع وغيره من النصوص والآثار الدالة على جواز البيع مطلقا قوله ولو سلم انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر فلا يجوز اجارتها قبل القبض وفيه بحث لان الاجارة قلما تخلو عن غرر الانفساخ بهلاك المنافع فلو اعتبر هذا الغرر لانسد بابها يوضحه ان المفسد هو غرر الانفساخ بمعنى ان يظهر في الآخرة انه باع ملك غيره والمنافع وان كان لا يندر هلاكها فبالهلاك لا يظهر انه آجر ملك غيره

بل ينفسخ العقد واحتمال الانفساخ بالهلاك لا يوجب بطلان التصرف كما
لو اجر ما في يده من ملكه الخاص فانه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولكن
لما لم يظهر هناك بالهلاك انه تصرف في ملك غيره لا يفسد ما باشره من البيع
والاجارة فظهر ان اجارة العقار قبل القبض كاجارة المنقول وبيعه بعد القبض
هذا وقد ذكر في بعض الحواشي منقولا من نسخة خراسان ان قوله ولو سلم الى اخره
ليس من املاء المصنف رح بل المصنف ترك بياضا في هذا الموضع ولم يكتب فيه
شيئا فكتب ابنه جلال الدين رح ولو سلم الى اخره وكان وجه ترك المصنف رح
هذا القول في الكتاب هو ما ذكرنا من البحث والله اعلم **قوله** ومن اشترى
مكيلا مكايلة او موزونا موازنة قال الشارح قيد بالاشتراء لانه اذا ملك
مكيلا او موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز لمن ملك ان يتصرف قبل القبض
وقبل الكيل وقيد بكونه مكايلة او موازنة لانه اذا باع المكيل والموزون مجازفة
جاز التصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل بالبيع او بالاكل او غيرهما **قلت** كانه
اراد بقوله قبل القبض قبل تمام القبض اذ القبض في المكيلات انما يتم بالكيل
وقوله قبل الكيل عطف تفسيري والا فلا يتصور التصرف فيما ملك بالهبة قبل
القبض اذ الهبة لا تملك قبله ولان التصرف في المبيع قبل القبض غير جايز فكيف
يجوز التصرف فيه بالبيع قبل القبض **قوله** يزيد اي يزداد فالزيادة افزون
كردن وافزون شدن يتعدى ولا يتعدى **قوله** والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه **فان قلت** لو استقرض حنطة على انها عشرة اقفزة كان له ان يتصرف
فيها قبل الكيل مع ان الزيادة هناك ايضا للمقرض والتصرف في مال الغير حرام
اجيب بان القرض عقد مساهلة فالتفاوت اليسير فيه لا يفضي الى المنازعة
فجوزنا التصرف فيه قبل الكيل بخلاف البيع فانه عقد مضايقة فافترقا
قوله بخلاف ما باعه مجازفة لان الزيادة له ولكن المراد الزيادة على المقدر
المبيع وانه غير متصور في المجازفة **فان قلت** كيف يتصور الزيادة في فصل
المجازفة وهي انما يتصور على مقدار معلوم **اجيب** بان كون الزيادة للمشتري
فيما يتصور الزيادة للمشتري يستلزم كون الكل له فذكر الملزوم واراد اللازم
فكانه قال لان الكل له فلا يحتاج الى الكيل لرد الزيادة الى البايع وفي الكافي
ويتصور الزيادة في المجازفة بان يكون لرجل طعام فاكتاله ثم باعه مجازفة
واكتاله المشتري فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري **قوله** ليس صاع
البايع والمشتري وهو الشرط **قلت** اطلاق البايع والمشتري عليهما انما
يكون حقيقة في حالة التبايع كما مر في اول الكتاب من قوله والحديث اي
قوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا محمول على خيار القبول وفيه

اي وفي الحديث اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها فانهما
بعدها متبايعان باعتبار ما كان ولا قبلها فانهما ح متبايعان باعتبار ما يؤل
ولما كانا متبايعين حقيقة حالة المباشرة يجب ان يشترط الكيل حالة التبايع
ولا يكتفي بكيلهما قبل البيع ولا بعده لانهما في هاتين الحالتين متبايعان مجازا
لا حقيقة وجوابه ان اشتراط الكيل حالة المباشرة متعذر لانه لو كال البايع
بعد الايجاب قبل القبول تبدل المجلس لانه كما تبدل باختلاف المكان تبدل
بالاشتغال بفعل اخر ايضا وح يبطل الايجاب فلا يترتب عليه القبول فلا يتحقق
كيل البايع فيجب اعتبار المجاز والترجيح لما بعد البيع لانهما بعده متبايعان
باعتبار ما كان وباعتبار بقاء حكم البيع حتى اعتبرت العقود الشرعية في حكم
الجواهر لبقاء احكامها حتى يقبل الفسخ فاما قبل البيع فلا وجه للمجاز الا اعتبار
ما يؤل فكان اطلاق لفظ البايع بعد العقد احق من اطلاقه عليه قبله والمجاز
الراجح في حكم الحقيقة بالنسبة الى المرجوح هذا على ان جعلهما متبايعين
حقيقة حالة المباشرة في حيز المنع لما عرف من اتفاق العقلاء ان الشئ في حال
الوجود ليس بموجود فلا يطلق اسم المتبايعين عليهما الا بعد التبايع نظرا الى بقاء
حكم العقد وجعلهما كالجواهر والله اعلم **قوله** لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد ويقال انه كما يصير معلوما بكيل البايع بعد البيع يصير معلوما بالكيل
قبل البيع بحضرة المشتري ايضا وقد مر انه لا معتبر بكيل البايع قبل البيع
لانه ليس صاع البايع وبالجملة ان صاع البايع انما يشترط لقطع وهم الزيادة
وانه كما ينقطع بكيله بعدما باع ينقطع بكيله قبل البيع ايضا الا ان يقال انما
لا يكتفي بالكيل قبل البيع لان البيع ما لم يتحقق فالمشتري ربما يهتم فيه والبايع
ربما يساهل في الكيل فلا ينقطع وهم الزيادة بالكلية بخلاف ما بعد البيع اذ
الكيل حينئذ يكون باهتمام الطرفين عادة فينقطع وهم الزيادة بالكلية **قوله**
ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين بان اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم
اليه كرا من رجل وامر رب السلم ان يقبضه له ثم لنفسه فعليه ان يكيله
له ثم لنفسه لاجتماع الصفقتين احديهما بين المسلم اليه وبايع الكر والثانى
بينه وبين رب السلم ولا شك في بعد هذا المحمل والاولى ان يحمل الحديث
على جريان الصاعين بينهما حقيقة او حكما والصاع الحاصل بكيل البايع
بعد البيع بحضرة المشتري لما كان باهتمامهما عادة جعل كانه وجد منهما فحقق
صاعاهما حكما او اراد بجريان الصاعين هو جريان الصاع باهتمامهما **قوله**
والتصرف في الثمن قبل القبض جايز وكذلك قبل الكيل والوزن فيما يكال ويوزن
سواء كان الثمن مما يتعين او لا يتعين من المكيلات والموزونات حتى لو باع

شيئا بكيل او موزون على انه كر فقبضه من غير كيل جاز ان يتصرف فيه قبل الكيل
لان التصرف في الثمن قبل القبض جايز فقبل الكيل اولى كذا في الشرح وذكر
في بعض كتب الفقه ان الثمن اذا كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا
قال ابو يوسف رح لا يتصرف فيه حتى يزنه او يكيله في المجلس وكان وجهه
ان الزيادة في المكيل والموزون اذا جعلا ثمنين مكايلة او موازنة للمشتري
لما عرف ان القدر اصل وليس بوصف فحرم التصرف للبايع قبل الكيل
او الوزن لاحتمال اختلاط الزيادة التي هي حق المشتري كما حرم التصرف
في المكيل والموزون المبيعين مكايلة او موازنة لتوهم اختلاط الزيادة
التي هي حق البايع وما ذكرنا من ان التصرف في الثمن قبل القبض جايز فقبل
الكيل اولى قلنا هذه الجهة ان كانت لا توجب الحرمة فما ذكرنا ان الزيادة
في المقدارات للمالك توجبها لا محالة احترازا عن التصرف في خالص حق الغير
قوله ويجوز للمشتري ان يزيد للبايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد
للمشتري في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن خص الحط بالثمن وانه يشير
الى انه لا يجوز الحط عن المبيع ولكن المصنف رح قد اشار في باب التحالف
الى ان الحط عن المبيع بان يبيع عبدين بالف ثم يخرج احدهما عن العقد
ويجعل كل الالف بمقابلة الاخر جايز حيث قال وان هلك احد العبدين
ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القايم ويخرج
الهالك عن العقد فيتحالفان هذا لفظه يريد الا ان يرضى البايع ان يخرج
الهالك عن البيع ويجعل كل الثمن بمقابلة القايم فيتحالفان حيث يصير
كان المبيع هو القايم والثمن كله بمقابلته فيكون هذا اختلافا في قدر
الثمن وكل المبيع قايم وفيه التحالف بالاجماع وفي هذا التوجيه اشارة ظاهرة
الى جواز الحط عن المبيع فليتامل قوله وعند زفر والشافعي رح لا يصحان
على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة الا يرى ان الزيادة في الصداق
لا يلتحق باصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول وحجتنا في ذلك
قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة وذلك تنصيص
على ان حكم الزيادة المفروضة كحكم المفروض في العقد الا انه قام الدليل
على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما تاكد في اصل النكاح بالنص
وفيما سوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل كذا في الشرح وذكر الشارح في النكاح
نقلا عن الاسرار وشروح الجامع ان المعنى في عدم الالتحاق بالنكاح والالتحاق
بغيره باصل العقد هو ان النكاح ليس بعقد مغابنة ولا مرابحة فلا يقع الحاجة

الى دفع الغبن فلا يلتحق باصله بخلاف البيع فانه عقد مغابنة ومرابحة فيحتاج
الى دفع الغبن ولا ذلك الا بان يلتحق الحط باصل العقد هذا لفظه وهذا
المعنى يقتضي ان لا يلتحق الحط والزيادة باصل النكاح في جميع الاحكام وايضا
الحط لا يلتحق باصل النكاح حتى لو حطت الا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتبارا
بالابتداء ولو التحق لكمل ولو حطت النصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم يتنصف
الباقي اعتبارا بالابتداء فعلم ان الحط غير ملتحق باصل النكاح والحط والزيادة
لا يفترقان في حكم الالتحاق قوله ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما
ولاية التغيير يشكل بان الحط عن بعض الثمن لا يصح من العبد الماذون مع انه
يملك رفع البيع فلو كان الحط تغييرا للعقد من وصف الى وصف وملكه
من يملك الرفع لصح من العبد الماذون ايضا ولئن قيل ان مالك الرفع انما
يملك التغيير اذا لم يمنع من التغيير مانع وقد وجد المانع فيما اذا كان العاقد
عبدا ماذونا وهو تعلق حق المولى قلنا المانع متحقق في حق الحر ايضا وهو
ما ذكر الخصم من انه ملكه يصير عوض ملكه في صورة زيادة الثمن وبقاء بعض المبيع بلا عوض
في صورة الحط قوله ثم اذا صح يلتحق باصل العقد فان قلت الالتحاق بطريق
الاستناد وما هنا شانه يثبت ثم يستند وقد تعذر هنا الثبوت لانه
يصير ملكه عوض ملكه قلت ينفسخ البيع في حق تصحيح الزيادة كذا في الشاهان
وفيه نظر لانه لو انفسخ في حق تصحيح الزيادة لصحت الزيادة على سبيل
الاقتصار اذ لا ضرورة الى الاستناد وقد قال الالتحاق هنا بطريق الاستناد
ولانه ذكر في الكتاب ان الزيادة تغيير العقد من وصف مشروع فلو كان
تصحيح الزيادة بفسخ العقد لكانت الزيادة ابطالا للعقد الاول بانشاء عقد
اخر لا تغييرا له من وصف الى وصف ولان الزيادة من الاجنبي جايز وهو
لا يتمكن من فسخ العقد وايضا لو اشترى عبدا فقبضه ثم باعه من اخر بمائة دينار
وتقابضا ثم المشتري الاخر زاد في الثمن خمسين دينارا ودفع الزيادة الى البايع
ثم وجد بالعبد عيبا فرده بالقضاء على بايعه كان للمشتري الاول ان يرد
على بايعه لان المبيع عاد الى قديم ملكه وان كان المشتري الاخر لم يزد في الثمن
ولكن جدد العقد بالفي درهم صح وانتقض البيع الاول بالاقتضاء كانهما تقايلا
ثم تعاقدا فان وجد المشتري الاخر بالعبد عيبا فرده لم يكن للبايع ان يرد
على بايعه الاول لان بهذا الرد لا يعود اليه قديم ملكه بحكم العقد الاول
لما ان الاقالة عقد جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما فصار في حقه
كان المشتري الاول اشتراه ثانيا من الاخر فلم يعد الى المشتري الاول بالرد
بالعيب الملك المستفاد من جهة البايع الاول بخلاف الزيادة لانها لا توجب

فسخ العقد الاول على اصح الاقوال لان الزيادة تصرف فى وصف العقد والتصرف
فى وصف الشئ تقرير لاصله فعاد الى المشترى الاول قديم ملكه كذا فى المحيط
فلو كانت الزيادة فسخا كتجديد العقد لكان الجواب فيهما واحدا وبالجملة
القول بان الزيادة فسخ قول غير صحيح لا يكاد يستقيم ما فى الكتاب بالتزامه
على ما ذكرنا فالاولى ان يقال العوضية ملكه بملكه انما يبطل اذا لم يتضمن فائدة
اما اذا تضمن فلا يبطل بالنظر الى حصول تلك الفائدة كما لو اشترى عبده
مع عبد غيره يدخل عبده فى الشراء ايضا لما فيه من فائدة تقسيم الثمن عليهما
وهنا ان كان يلزم ان يكون مالك الشخص عوض ملكه بثبوت العوضية للحال
فهو يتضمن فائدة الاستناد باصل العقد فلا بد من اثباته تحصيلا لهذه الفائدة
ولا يظهر ثبوت العوضية للحال الا فى حق الاستناد كما لا يظهر دخول عبده
فى الشرى الا فى حق تقسيم الثمن ثم هنا بحث لما ذكرنا ان العبد المأذون له
فى التجارة لا يملك الحط وانه يملك البيع بالمحاباة ابتداء فلو كان الحط يلتحق
باصل العقد لكان الحط كالمحاباة ابتداء وهى جايزة فكذا الحط وذلك
ان المحاباة انما جاز من المأذون لما فيه من استجلاب قلوب المجاهرين وفى الحط
ايضا استجلاب لقلوبهم لان الحط يجعل العقد فى حق المشترى عدلا بعد
ان كان خاسرا والمجاهرون اذا علموا انه صاحب مروة لا يرضى بخسران اخيه
المسلم يرغبون فى المبايعة معه اكثر مما يرغبون فيها مع غيره لانه من باب
حسن المعاملة فكان من توابع التجارة كالمحاباة ابتداء **قوله** بخلاف
حط الكل لانه تبديل لاصله لانه يصير هبة لا بوصفه ولانه لو التحق باصل
العقد يفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغييرا للعقد من وصف
مشروع الى وصف غير مشروع كذا فى الكافى **وفيه نظر** لانه ذكر فى كتاب
الصرف انه لو باع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة دراهم وتقابضا ثم زاد
فى الثمن درهما صحت الزيادة وكذا لو حط عن الثمن درهما صح الحط وفسد الصرف
عند ابى حنيفة رض لانهما يملكان ابطال العقد بالفسخ فاولى ان يملكا
تغييره من وصف الصحة الى وصف الفساد لان ابطال الاصل اهون
من ابطال الوصف وعلى هذا لو باع عبدا بالف درهم ثم زاد فى الثمن رطلا
من خمر هذا كلامه فالعاقدان ان لم يملكا تغييره من وصف مشروع الى غير
مشروع كما اشار اليه فى المرابحة وجب ان لا يصح الزيادة والحط فى الصرف
على اعتبار الالتحاق لانه تغيير من وصف مشروع الى غير مشروع وان ملكا
ذلك كما اشار اليه فى الصرف وجب ان يصح حط الكل على اعتبار الالتحاق
لانه تغيير من وصف الصحة الى وصف الفساد كما فى الصرف لانه يبقى بيعا بلا ثمن

وانه

وانه فاسد لا باطل الا ان يحمل التعليل الثانى على تخريج ابى يوسف فان ابا يوسف
لا يصحح الزيادة والحط فى الصرف ويبقى العقد الاول على الصحة لان فى تصحيحهما
ابطالهما فيبطلان وقال محمد لا يصح الزيادة لما ذكره ويصح الحط فلا يفسد
الصرف لانه لا يلتحق باصل العقد بل يصير هبة مبتدأة والله اعلم **قوله** على اعتبار
الالتحاق لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه جواب عن تعليل زفر والشافعى رح
ان فى الزيادة يصير ملكه عوض ملكه وذكر فى المبسوط واما قوله انه يلتزم العوض
عن ملكه فقلنا قيام العقد بقيام المعقود عليه وانه قايم على وجه يصح الاعتياض
عنه فيصح التزام العوض بمقابلته ولانه تبع والعوض بمقابلة الاصل دون التبع
كما فى اطراف الحيوان **فان قلت** الوجه الثانى يقتضى ان يصح الزيادة بعد
هلاك المبيع لان الزيادة لما لم يقابله العوض لكونه وصفا وتابعا فبقاء المبيع
على حالة يصح الاعتياض عنه وعدم بقائه كذلك فى تصحيح الزيادة سواء
اجيب بان هذا الوجه بناء على الرواية التى لا يشترط فيها الزيادة الثمن
قيام المعقود عليه ثم هنا بحث وذلك انه ذكر فى وكالة الاصل الوكيل
بشراء شئ بعينه بالف اذا اشترى بالف ومائة ثم حط البايع المائة عن المشترى
فالعبد يكون للوكيل دون الموكل كذا فى الذخيرة فلو كان الحط يلتحق باصل العقد
لكان العبد للموكل كما لو اشتراه بالف ابتداء **وجوابه** ان الوكيل لما
اشترى بالف ومائة فقد خالف الموكل فوقع العقد للوكيل والعقد الواقع
للانسان لا يتحول الى غيره فالحط وان كان يلتحق باصل العقد ولكن بعد وقوعه
للوكيل وبعد الوقوع له لا يقبل التحول بخلاف ما لو اشترى ابتداء بالف لانه
يقع للآمر لعدم المخالفة **قوله** ويظهر حكم الالتحاق فى التولية والمرابحة
حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر فى الحط وهذا مشكل لما مر ان مبنى
المرابحة والتولية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة حتى لو اشترى
عبدا بعشرة ثم باعه من آخر بخمسة عشر ثم اشتراه عنه بعشرة يطرح فى المرابحة
كل ربح حصل له وهو خمسة هنا فيرابح على خمسة ولو استغرق الثمن كما فى الربح
لم يرابح اصلا وذلك بان اشترى عبدا بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشترى منه
بعشرة فانه لم يرابح فى هذه الصورة احترازا عن شبهة الخيانة فى المرابحة
على ما مر تحقيقه والزيادة وان كانت تلتحق باصل العقد فلا اقل من شبهة
عدم الالتحاق والشراء المبتداء اذ الالتحاق مجتهد فيه حتى يقول الشافعى
وزفر رح بعدم الالتحاق وكونه شراء مبتداء **قوله** ثم الزيادة اى الزيادة
فى الثمن اما الزيادة فى المبيع فصحيحة بعد هلاك المبيع لانها تثبت بمقابلة الثمن
وانه قايم بخلاف الزيادة فى الثمن لانها تثبت بمقابلة المبيع وما بقى **قوله** لا تصح

بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية الخ وفي الكافي ان الزيادة انما تصح اذا كان
المبيع محلا للعقد لان الزيادة تغيير العقد من وصف الى وصف فيستدعي
قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه فلو آجر المشتري او رهن او ذبح او خاط
او اتخذ سيفا او قطعت يده واخذ ارشها صحت الزيادة لقيام المعقود عليه
الا يرى انه لو باع من المرتهن والمستأجر او باع بعد الذبح والخياطة وغيرهما
يصح ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد او مات او قتل او وهب وباع او طحن
او نسج او تخمر او اسلم مشتري الخمر لا يصح الزيادة لفوات محل العقد فالعقد
لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب احق بها بخلاف الذبح هذا كلامه
وهو مشكل لما ذكر في باب الاستحقاق حيث قال اشترى ثوبا او غصبه وخاطه
قميصا او برا فطحنه او شاة فشواها فاستحق لا يرجع بثمنه ولا يبرأ الغاصب
بل للمالك تضمينه لان الاستحقاق ما ورد على المبيع وانما ورد على غيره والاستحقاق
الوارد على غير المبيع لا يوجب الرجوع للمشتري على البايع بالثمن ولو لم يخط
ولم يشو رجع بالثمن وبرئ الغاصب لبقاء الاسم هذا لفظه فقد سوى
بين الطحن والخياطة في هذه المسئلة وفرق بينهما في تيك فلا بد من بيان
الفرق والفرق ان المانع من صحة الزيادة هلاك المبيع وبالطحن يهلك
المبيع وهي الحنطة وبالخياطة لا يهلك لان المبيع هو الثوب وبعد الخياطة
الثوب باق واما المانع من الرجوع على البايع بالثمن حدوث معنى يمنع
الاستحقاق من الاصل والخياطة مع الطحن يستويان في هذا المعنى
هكذا ذكر في المحيط ثم قوله في الكافي لان الاستحقاق ما ورد على المبيع
يشعر بان الخياطة يوجب هلاك المبيع فيجب ان لا يصح الزيادة عليه الا ان
الا ان يقال معنى قوله ان الاستحقاق ما ورد على المبيع انه ما ورد على صفة
وقع البيع عليه بل ورد الاستحقاق عليه بعد حدوث معنى يمنع ورود
الاستحقاق عليه من الاصل لان الاستحقاق لما ورد على القميص مثلا يكون
مقتصرا على صاحب القميص لان من ضرورة استحقاق القميص ان يكون الاستحقاق
بملك حدث على ملك المشتري فيكون ما ذكر في الكافي موافقا لما ذكر
في المحيط. **قوله** الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا يشكل بان الابراء
اسقاط الدين وقد ذكر المصنف ره في اول كتاب المأذون ان الاسقاطات
لا تتوقت حيث قال الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق
الى ان قال ولهذا اي لكونه اسقاطا لا يقبل التأقيت حتى لو اذن لعبده يوما
كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت وذكر بعض الشارحين
ثمه ان تأجيل الدين تأخير للمطالبة لا اسقاط وهو المذكور في الكافي والله اعلم

ثم

ثم لا ملازمة بين ملك الشيء مطلقا وملكه موقتا فان التصرفات التي هي
من الاسقاطات كالطلاق والعتاق واذا العبد بالتجارة تملك مطلقة لا
موقتة فلا يصح الاستدلال بملك الابراء مطلقا على ملكه موقتا الا يرى انه
يملك ابراء القرض مطلقا ولا يملك تأجيله الذي هو ابراء موقت الا ان يقال
انما يملك التأجيل من ملك الابراء مطلقا اذا لم يمنع هناك مانع وفي القرض
المانع موجود وهو لزوم التسبيل على الجبر ان اعتبر اعارة ولزوم النسيئة ان
اعتبر معاوضة **قوله** ومعاوضة انتهاء **واعترض** بان اقراض احد المفاوضين
لا يلزم صاحبه ولو كان معاوضة انتهاء للزمه كما لو كفل احدهما بالمال على اجنبي
بامره يلزم صاحبه لما ان الكفالة بالامر معاوضة انتهاء وان كان تبرعا
ابتداء وقد فرق المصنف ره بين الاقراض والكفالة في كتاب الشركة بان
الكفالة معاوضة بقاء ولزوم صاحبه يلاقي البقاء فكان في معنى التجارة
فاخذ صاحبه به واما الاقراض فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم
البدل فلا يتحقق معاوضة فهذا يشعر بان القرض عارية ابتداء وبقاء
وليس بمعاوضة اصلا اذ لو كان فيه معنى المعاوضة بقاء لم يتم الفرق
المذكور والجواب ان في لزوم اقراض احد المفاوضين صاحبه روايتين
عن ابي حنيفة رضي الله عنه قلنا ان نمنع ثم لابي حنيفة ره في القرض طريقان
احدهما ما ذكره هنا انه عارية ابتداء معاوضة انتهاء وعلى هذا يلزم الاقراض
في المفاوضة لصاحبه فقد ذكر في المبسوط ان اقراض احد المفاوضين
يلزم شريكه عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة وعندهما لا يلزم لانه تبرع والثاني
انه عارية ابتداء وبقاء كما هو المذكور في كتاب الشركة وعلى هذا لا يلزم اقراض
احد المفاوضين صاحبه فلا اشكال ولا مخالفة **باب الربوا**
قوله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين. **فان قلت** قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام الا سواء بسواء يقتضي حرمة بيع الطعام في جميع الاحوال سوى حال
المساواة فينبغي ان لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين او بحفنة لعدم تحقق
المساواة اذ المسوي الشرعي هو الكيل وما دون نصف الصاع لا يدخل
تحت الكيل **قلت** قال بعض المحققين ان المراد منه ما صار متقوما الا يرى
ان الحبة لا يبيعها احد ولو باعها لم يجز لانها ليست بمتقومة ولا يعرف
مالية الطعام الا بالكيل فثبت صفة الكيل بمقتضى النص كانه قيل لا تبيعوا
الطعام المكيل بالطعام المكيل الا سواء بسواء فلا يتناول ما دون نصف
الصاع هذا كلامه ولا يقال ان ما دون نصف الصاع مضمون بالقيمة
بالاتلاف ولو لم يكن متقوما لما كان مضمونا اذ الضمان يدور مع التقوم

وجودا وعدما لانه لم يدع ان ما دون الكيل غير متقوم بل ادعى ان تقوم الطعام
لم يتعارف الا بالكيل حيث قال ولا يعرف مالية الطعام الا بالكيل اي لا يتعارف
ماليته الا به ولم يقل لا مالية للطعام الا بالكيل فينصرف اللفظ على الاطلاق
الى التقوم المتعارف وهو التقوم بالكيل اما الضمان فيستدعي نفس التقوم
لا التقوم المتعارف وانه موجود فيما دون الكيل اما اللفظ فينصرف الى المتعارف
نعم يشكل بان التقوم لو كان منصوصا لانصرف الى المتعارف ولكنه ثبت
مقتضى ضرورة ان البيع يستدعيه والضرورة ترتفع بتقدير نفس التقوم
اما المتعارف فزايد على قدر الضرورة وقد يجاب ايضا بان المستثنى فيه نص
حال المساواة على التفريغ ولا بد في المستثنى المفرغ من تقدير المستثنى منه
عاما من جنس المستثنى لا قرب فالاقرب والاحوال المتقاربة من حال
المساواة هي التي تتحقق فيما يدخل في الكيل اما حالة القلة فلا يقاربه
في الجنسية فوجب تقدير الاحوال التي تتحقق في الكثير اي لا تبيعوا في حال
من الاحوال المتحققة في الكثير الا حالة المساواة فلا يدخل القليل تحت
الحرمة على انا لو جعلنا النص عاما في القليل لكان التقدير لا تبيعوا في حالة
القلة ولا في حال الكثرة فلا يصح حينئذ استثناء حال المساواة لان اللفظ
ح لم يكن متناولا لحال المساواة الا بضرورة تناوله حالة الكثرة وما يدخل
في الكلام ضرورة لا يستثنى لانه تصرف في اللفظ فلا بد وان يتناوله اللفظ
ولئن عورض بانه استثناء من الطعام معناه لا تبيعوا الطعام بالطعام
الا طعاما مستويا بطعام مستو قلنا في هذا التقدير حذف ومجاز وفي تقديرنا
ليس الا حذف المستثنى منه ولئن قال في تقديركم الغاء معنى الباء في قوله
بسواء اذ لا معنى له ح قلنا لو سلم فالمتعارف في مثل هذا الكلام هو ارادة
الحال والعرف ملاك سلمنا جميع ذلك فلا شك ان تقديرنا محتمل ايضا ولما
احتمل واحتمل لم يثبت حرمة بيع القليل بهذا النص فبقي داخلا في عموم قوله
تعالى واحل الله البيع والله اعلم **قوله** وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة
بان لم يدخل تحت الكيل وهو اقل من نصف الصاع
يعني اذا بيع نصف الكيل بما دون الكيل من جنسه فانه وان فضل احدهما على الاخر
فهو في حكم بيع الحفنة بالحفنتين لان ما دون نصف الكيل لا يكال بالكيل
في المبايعات فلا يكون مكيلا ولهذا المعنى يكون مضمونا في الاتلاف بالقيمة
كذا في الشاهان وقال الشارح ان هنا دقيقة وهي ان الحنطة وساير المكيلات
انما يجوز بيعها بما دون نصف صاع بجنسها من غير اعتبار التسوية فيما اذا كان
كل من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع اما اذا كان احدهما لا يبلغ نصف
الصاع والاخر يبلغ نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالاخر لا يجوز نص عليه

في المبسوط وقال لو باع حفنة بقفيز لا يجوز تم لفظه **قلت** ذكر في المحيط ما يدل
على ان احد البدلين اذا كان لا يبلغ نصف الصاع والاخر يبلغ يجوز البيع
حيث قال وذكر شمس الائمة السرخسي ان ادنى ما يجري فيه الربوا نصف صاع
وذلك منان حتى لو باع مدين من الحنطة بثلثة امناء منها فصاعدا لا يجوز
واذا باع منوين من الحنطة بمنوين منها يجوز وكذا لو باع نصف من من الحنطة
بمنوين منها فصاعدا يجوز فعلم ان اعتبار التسوية انما يجب اذا كان كل
من البدلين يبلغ نصف الصاع وهذا هو الموافق لقوله عليه السلام مثلا بمثل
والفضل ربوا اذ المراد المماثلة في القدر الشرعي فيكون المراد بالفضل هو الفضل
في القدر لان فضل احدهما على الاخر يقتضي مساواة بينهما على تقدير عدم الفضل
اذ لا يقال فلان افضل منه في العلم الا اذا كان بينهما مساواة في نوع
من العلم وفضل احد البدلين اذا كان الاخر لا يبلغ نصف الصاع ليس بفضل
عليه في القدر الشرعي وهو الكيل لان الكيل لا يتحقق في البدل الاخر فلا
يكون حراما **قوله** وحرمة النسأ باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود
الجنسية وهي بانفراده تحرم النسأ كذا في الشرح **وفيه نظر** لان بيع العبد
بعبد مؤجلا انما لا يجوز لفوات شرط السلم وهو كون المسلم فيه مما يضبط
بالوصف بان يكون من الاجناس الاربعة المكيل والموزون والمذروع والمعدود
المتقارب لا للزوم النسأ باعتبار اتحاد الجنس كيف والعبد كالجنس المختلفة
من حيث ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة حتى لم يقسم
الرقيق قسمة جمع ولو كان متحد الجنس لجازت قسمة الجمع فيه **قوله** وحقيقة الفضل
فيه غير مانع حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى والجواب ان نفوذ
ربوا النسأ اعم بالاجماع حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت
ربوا القدر فيهما كذا في الشاهان وهكذا ذكر الشارح نقلا عن المبسوط
فقال ولا يستقيم اعتبار النسأ بربوا الفضل لاتفاقنا على ان ربوا النساء
اعم حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير وان كان لا يثبت ربوا الفضل **قلت**
ذكر الشارح بعد هذا عن الايضاح ان الشافعي ينكر حرمة النساء في المطعوم
ويقول التقابض في بيع المطعوم شرط جواز العقد فينعدم الجواز لانعدام
التقابض لا لكونه نسأ فعلى هذا لا يكون ربوا النسأ اعم فلا يكون جوابا
عن الخصم **قوله** والنقد اوجب فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا اعلم
ان علة الربوا ذات وصفين ولهما حكمان حرمة حقيقة الفضل وحرمة شبهة
الفضل وهي نسأ احد البدلين عند نقد الاخر فاذا وجد احد وصفي علة الربوا
كانت له شبهة العلة فيثبت شبهة الفضل وهي حرمة نقد احد البدلين عند

نساء الاخر

وفاقا بين العلة وحكمها لان عند اجتماع وصفي علة الربوا كانتا لعلة حقيقة
فيثبت به حرمة الفضل وشبهته فعند وجود احدهما وجبت شبهة الفضل
للمناسبة اذ لو انعكس بان يثبت حرمة حقيقة الفضل عند وجود شبهة لعلة
ربوا الحكم على لعلة فلا يبقى المناسبة بين العلة وحكمها كذا في الشرح ولقائل
ان يقول حقيقة الفضل لا يتصور الا عند تحقق التسوية صورة ومعنى وما
ذلك الا عند وجود القدر المسوى للصورة والجنس المسوى للمعنى فعند
فقد احدهما ووجود الاخر لا يثبت الا شبهة الفضل نظرا الى اتحاد الجنس
او القدر فينبغي ان يثبت حرمة الفضل عند نقد البدلين ايضا كما يثبت
عند نقد احدهما ونسئ الاخر اذ الفضل في الحالين ثابت شبهة لا حقيقة
ولا حد وصفي علة الربوا تاثير في حرمة شبهة الفضل على ما قرره الشارح الا
ان يقال جوزنا البيع عند نقد البدلين المتحدين قدرا او جنسا بقوله
عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكونا يدا بيد
قوله فاذا اختلفا صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل
الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة **قلت** وهذا يشكل بما اذا آجر
الدار بالحانوت فانه لا يجوز مع انهما مختلفان جنسا لشبهة المجانسة اذ المقصود
من الكل اصل السكنى هكذا علل المصنف رح في كتاب القسمة ووجه الاشكال
ان الاتفاق في اصل الوزن مع اختلاف في صفته لما لم يحرم النساء فاختلاف
جنس المنفعة بين الدار والحانوت مع شبهة الاتحاد اولى ان لا يحرم وايضا
شبهة الشبهة انما لا تعتبر اذا لم يكن حرمة الشبهة منصوصة اما اذا كانت
حرمة الشبهة منصوصة فشبهة الشبهة حينئذ كالشبهة الا يرى ان شراء ما
ما باع باقل مما باع لما حرم بالنص حرم ما فيه شبهته وان كانت حرمته معللة
بشبهة الربوا وله غير نظير **قوله** ولو باع بالنقود اي باع الزعفران ونحوه
بالنقود اي بالدراهم والدنانير موازنة اي بشرط الوزن فيهما وقبضها اي
النقود صح التصرف فيها اي في النقود قبل الوزن لانه ثمن والتصرف في الثمن
قبل القبض جايز فقبل الوزن اولى وفي الزعفران ونحوه لا يجوز التصرف قبل
الوزن لانه مبيع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه
صاعان والوزني كالكيلي والنص الوارد في المكيل وارد في الموزون **قوله**
كل ما ينسب بالرطل فهو وزني معناه فانه يباع بالاواقي الرطل بكسر الراء اثنا عشر
اوقية والاوقية استار وثلثا استار والاستار اربعة مثاقيل والمثقال
درهم وثلثة اسباع درهم والدرهم ستة دوانيق والدانق قيراطان والقيراط
طسوجان والطسوج حبتان والحبة ثمن سدس درهم وهو جزء من ثمانية

وا ربعين جزأ من درهم كذا في بعض الحواشي **قوله** يعتبر قبض عوضيه في المجلس
قلت المعتبر قبض عوضيه قبل افتراق ابدان المتعاقدين وان تعدد المجلس فكانه
جعل ما قبل الافتراق مجلسا واحدا حكما **قوله** ولانه اذا لم يقبض يتعاقب
القبض اي اذا لم يقبض احدهما في المجلس يتعاقب والا نعدم القبض في المجلس
لا يستلزم التعاقب لجواز ان يتقابضا بعد الافتراق معا فلا بد وان اذا لم يقبض
احدهما ويكون تعليلا جزئيا **قوله** وللنقد مزية **فان قلت** فضل النقد
غير معتبر عند الشافعي حتى انه لا يقول بحرمة النسأ على ما ذكرنا من الايضاح يقول
بجواز اسلام القوهي في القوهي **اجيب** بانه تعليل الزامي **قوله** انما هو التمكن
من التصرف **قلت** نعم ولكن المكنة المطلقة لا تحصل الا بالقبض حيث لا يجوز
بيعه من غيره قبل القبض ونفس المكنة حاصل قبل القبض ايضا بجواز بعض
التصرفات في الدين بان يشتري به شيئا ممن عليه الدين **قوله** ومعنى قوله
يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة واعترض بانه جاء في حديث ابن عمر
رضي الله عنهما من رواية مسلم الذهب بالذهب ربوا الا هاوها والورق
بالورق ربوا الا هاوها والبر بالبر ربوا الا هاوها والشعير بالشعير ربوا
الا هاوها والتمر بالتمر ربوا الا هاوها وهاء معناه خذ فجعل هاوها بمعنى يدا
بيد ثم جعل يدا بيد عبارة عن التعيين تعسف وبان رواية عبادة انما
تصلح مؤيدا ان لو كان روى قوله عينا بعين منفردا اما اذا كان رواه متضمنا
الى قوله يدا بيد فلا وقد روينا عن عبادة على ما اورده البغوي في كتابه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق
بالورق ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء عينا بعين
يدا بيد وبانه انما يصار الى المجاز اذا تعذر الحمل على الحقيقة والا فلا وحديث
عبادة لا يوجب العدول عن حقيقة يدا بيد لان اشتراط التقابض لا ينافي
اشتراط التعين بل يوجبه لا ينافي اشتراط القبض ولا تدافع بينهما
حتى يحمل احدهما على الاخر **والجواب** اما عن الاول فلانه لما تعذر
حمل قوله هاوها على الحقيقة للقطع بانه لا يجب ان يقول احدهما لصاحبه
خذ فوجب الحمل على المجاز وهو يحتمل ارادة التقابض وارادة التعين وقد انتفى
حمله على التقابض اعتبارا بالمبيع المتعين كالثوب فتعين ارادة التعين منه
ابتداء لا انا حملنا على يدا بيد ثم جعلناه مجازا عن التعين حتى يكون تعسفا
ولان قوله عليه السلام البر بالبر ربوا الا هاوها محمول على ربوا النسيئة للقطع
بان ربوا الفضل لا يندفع بالتقابض ولا بالتعين فيكون كمعنى البر بالبر ربوا النسا
وعندك علم بانه لا نسأ فيما اذا كانا متعينين ولم يكونا مقبوضين فلو لم يرد

بقوله ها وها التعين بل اريد التقابض لكان بيع البر بالبر المتعينين غير مقبوضين
ربوا ولا وجه اليه للقطع بعدم ربوا الفضل وعدم ربوا النسئة فلا بد
وان يراد بقوله ها وها التعين ابتداء واما عن الثانى فلان ما وقع
فى رواية البغوى من قوله عينا بعين يحتمل ان يكون منصرفا الى المطعوم وقوله
يدا بيد الى الاثمان على اللف والنشر فيحمل عليه بالدليل المذكور فى الكتاب
واما عن الثالث فلان التقييد بقوله يدا بيد انما هو لدفع ربوا النسئة
كما ان قوله مثلا بمثل لدفع ربوا الفضل وللاحتراز عن الكالى بالكالى
وكل ذلك يحصل بالتعين ولا يحتاج فيه الى التقابض فعرفنا بدلالة هذا
النص ان المراد بقوله يدا بيد عينا بعين وحمل الكلام على المجاز بالدلالة
جايز والله اعلم **قوله** وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المالية عرفا
بخلاف النقد والمؤجل هذا بنا فى ما سياتى من قول المصنف رح فى فصل
الصرف حيث قال ولانه لابد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالى بالكالى
ثم لابد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا هذا كلامه
وفيه اشارة الى ان تعاقب القبض يوجب التفاضل على خلاف ما اشار
اليه هنا وسياتى توضيحه ان شاء الله تعالى **قوله** والجوزة بالجوزتين
فان **قلت** الجوز مثلى ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف وفى بيع الجوز
بالجوزتين انتفت المماثلة فلا يجوز **قلت** الربوا يعتمد الفضل على المعيار
ولم يوجد بخلاف ضمان العدوان فان مبناه على نفس المماثلة كذا فى الشاهان
وفيه **نظر** لما سبق ان ما دون نصف الصاع يضمن بالقيمة عند الاتلاف
لانعدام المساواة بالمعيار فلو كان ضمان العدوان مبنيا على نفس المماثلة
وهو موجود فيما دون نصف الصاع لكان ينبغى ان يضمن بالمثل دون
القيمة على ان المعيار الشرعى وهو القدر انما يشترط لتحقق الربوا
لان الفضل مبنى على المساواة وهى على عدم تفاوت الاحاد وكل ما هو
مثلى فاحاده ليست بمتفاوتة اذ لا نعنى بالمثلى سوى ما لم يكن افراده
متفاوتة والعدديات المتقاربة من المثليات فيتحقق المساواة صورة
ومعنى بين افراده ومن ضرورة تحققها تحقق الربوا عند وجود الفضل
فى احد الجانبين فانتفاء القدر هنا بعدما كانت مثلية لا ينافى تحقق
الربوا على ما لا يخفى فالاولى هو ما قال الشارح نقلا عن الذخيرة انه
لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغرا وكبرا الا ان الناس اصطلحوا
على اهدار التفاوت فيعمل ذلك فى حقهم وهو ضمان العدوان دون الربوا
الذى هو حق الشرع عليهم ولكنه مشكل بما مر ان تعاقب القبض لا يعتبر

فتفاوتا

فتفاوتا عرفا وذلك ان اهدار التفاوت فى العرف لما لم يكن معتبرا فيما هو
حق الشرع وهو الربوا حتى لا يثبت الربوا فى الجوز بالجوزتين وجب ان يثبت
ربوا النسئة عند تعاقب القبض ايضا ولم يعتبر العرف فى اهدار هذا التفاوت
فى حق الشرع بعد تحققه حقيقة والله اعلم **قوله** باعيانهما اى باعيان
البدلين **قوله** ولا يعود وزنيا **قلت** سلمنا انه لا يعود وزنيا لكنه لا يخرج
عن كونه مثليا لعدم التفاوت فى احاده وعلة الربوا فى الحقيقة انما هى
كونها اموالا متساوية المالية فانما وجدت المساواة فى المالية وجب
ان يجرى فيه الربوا فكانهم اداروا الحكم على كونه من المقدرات لتعذر الوقوف
على كونه مثليا غير متفاوت الاحاد فى كل نوع هذا ولكنهم بنوا ضمان
العدوان بالمثل على كونه مثليا حتى اوجبوا المثل فى غصب الجوز والفلس
فعلم انه مما يمكن الوقوف عليه **قوله** وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما
لانه كالى بالكالى **قلت** الاحتراز عن الكالى بالكالى باشتراط التقابض
فى المجلس ممكن الا يرى ان الدرهم بالدرهم كالى بكالى لان الدرهم لا يتعين
بالتعيين لكن لما كان التقابض فى المجلس يخرجه عن الكالى بالكالى من حيث
انه يوجب التعين والتعين فى المجلس كهو فى صلب العقد تنزيلا لساعات
المجلس كساعة واحدة جاز فليجز بيع الفلس بالفلسين بغير اعيانهما لكن
بشرط التقابض فى المجلس كما جاز بيع الدرهم بالدرهم بغير عينهما وقد نص
فى الذخيرة انه لا يجوز بيع الفلس بالفلسين الا يدا بيد اذا كانا بعينهما حيث
قال اذا باع فلسا بفلسين يجوز يدا بيد اذا كانا بعينهما كذا فى الجامع
فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر فيه لان التقابض مع العينية انما يشترط
فى الصرف وهذا ليس بصرف ومنهم من صححه لان الفلوس من حيث
ان لها حكم العروض جوزنا بيع واحد باثنين اذا كانا عينين ومن حيث
ان لها حكم الدراهم يشترط التقابض فى المجلس مع العينية عملا
بالدليلين هذا لفظه فعلم ان الكلام فى اشتراط التقابض معها اللهم
الا ان يقال القياس ان لا يجوز بيع الدرهم بالدرهم وان تقابضا
فى المجلس لكونه دينا بدين وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى
الا انا جوزناه بشرط التقابض على خلاف القياس فيقتصر بمورده
فيبقى بيع الفلس بالفلس وبفلسين بغير اعيانهما على قضية القياس **قوله**
وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا
يشير الى ان النسا يتحقق بمجرد كون احد العوضين دينا مع اتحاد الجنس
او القدر واشار فى قوله وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا فى المال عرفا

بخلاف النقد والمؤجل الى ان النسأ انما يتحقق بنقدية احدهما وتاجيل
الاخر وبينهما تنافر الا ان يقال معنى قوله وتعاقب القبض الخ ان تعاقب
القبض في المتعينين كما في بيع الطعام لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد
والمؤجل اى بخلاف العين والدين اذ العين خير من الدين لان العين مال
حقيقة والدين مال باعتبار عاقبة الاستيفاء هذا ولكن المتعينين لا يتفاوتان
بقبض احدهما دون الاخر اذ لا يعقل التفاوت الا بكون احدهما دينا والاخر
عينا و قوله وتعاقب القبض الخ يشير الى وجود التفاوت وعدم اعتباره في العرف
فلا يمكن حمله على المتعينين لعدم وجود التفاوت بينهما حقيقة **قوله**
ثقله النقل واحد الاثقال كحمل واحمال والثقل ضد الخفة **قوله** ولذا ان
الرطب تمر **واعترض** بالمنع لحديث انس رضى الله عنه كان النبي عليه السلام
يفطر قبل ان يصلى على رطبات فان لم يكن حسا حسوة من ماء وفي الخبر المرفوع
اذا ولدت امرأة فليكن اول ما تاكل الرطب فان لم يكن فتمر وبان قصة خيبر
ليس كما زعم لما روينا عن ابى سعيد وابى هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال اوكل تمر خيبر
هكذا ويجاب بان الرطب والتمر اليابس جنس واحد بلا شبهة انما الاختلاف
في الاحوال وجنس هذا التمر معنى مقصود لا بد وان يكون له اسم موضوع
ولفظ الرطب ليس بموضوع له بلا خلاف فتعين التمر موضوعا له وعن هذا
ذكر المصنف بعد هذا ان هذا الاسم اى التمر له من اول ما ينعقد صورته
ولان اطلاق لفظ التمر على الرطب قد جاء في حديث خيبر واما اطلاق
لفظ الرطب على التمر فلم يوجد فتعين لفظه للجنس الا ان لفظ التمر يقع في العرف
على اليابس فلذا لا يحنث في قوله لا يأكل التمر باكل الرطب ويصح عطف التمر
على الرطب في مثل وان لم يكن فتمر اما التمر المذكور في حديث الربوا فالمراد
به هو الجنس دون اليابس منه بدليل قوله فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم اذ المراد به الجنس فعلم ان المراد بما قبله اتحاد الجنس واما ما روى
ابو سعيد من قوله فجاءه بتمر جنيب فلا ينافي ما روى المصنف من انه اهدى
اليه رطبا اذ التمر قد يطلق على الرطب اما الرطب فلا يطلق على التمر فكانت
رواية الرطب محكما فيرد المحتمل عليه على ان المصنف تمسك على تقدير صحته
وان لم تكن صحيحة فالاحتجاج بما ذكرنا اولا وبما ذكر بقوله ولانه ان كان
تمرا الخ **قوله** ولانه لو كان تمرا جاز الى اخره قيل هذا الاستدلال انما يقتضي
به العجب اذ المراد بالنوع هو الجنس والاختلاف بين الرطب والتمر هو النوعي
دون الجنسي ولان قوله فبيعوا كيف شئتم معناه متساويا ومتفاضلا وبيع الرطب

بالتمر

بالتمر متفاضلا لا يقول به احد **وجوابه** ان هذا الترديد لدفع الشغب
والزام الخصم وتحقق احد الشقين وهو كونه من جنس التمر لا ينافي في مثل هذا
الترديد على ما لا يخفى واما البيع متفاضلا فانما لا يجوز لانه ان كان تمرا
لا يجوز وان لا يجوز فلا يجوز بالشبهة والبيع متماثلا جاز بكل حال نعم يشكل
على هذا بيع الحنطة المقلية بغيرها فانه لا يجوز مع ان المقلية ان كانت حنطة
جاز البيع باول الحديث والا فباخره ولكن جوابه ان بيع الحنطة بالحنطة
انما يجوز اذا وجدت المساواة ولم يوجد في المقلية بغيرها لان التخلخل في المقلية
لانتفاخ حباتها اكثر منه في غيرها وهذا التفاوت جاء بصنع من العباد
فاعتبر في حرمة البيع اما التفاوت بين الرطب والتمر فخلقي فلم يعتبر لما فيه
من سد باب البيع في اكثر الربويات **فان قلت** فيجب ان لا يصح بيع المبلولة
باليابس ايضا اذ التفاوت بينهما بصنع من العباد **اجيب** بان الحنطة
خلقت في الاصل رطبة فعند البل يعود الى ما خلقت عليه فيصير كالرطبة
الاصلية **قوله** وهو ضعيف عند النقلة على ان هذا الحديث مخالف للحديث
المشهور فيرد ولان الصحيح ان النبي عليه السلام سئل عن بيع التمر بالرطب
نساء وبه نقول كذا في الكافي وفيه نظر اما اولا فلانه لا مخالفة بينه وبين
الحديث المشهور لانه انما يجوز بيع التمر بالتمر بشرط المماثلة كيلا وانه لا يتحقق
بين الرطب والتمر لانتفاخ في الرطب دون التمر الا يرى ان بيع الحنطة
المقلية بغيرها لا يجوز لمكان انتفاخ المقلية وعدم تحقق المماثلة بينهما
وذلك لا يخالف الحديث المشهور فكذا هذا وما قيل ان التفاوت
بين المقلية وغيرها بصنع من العباد وبين الرطب والتمر لا بصنع منهم
وفي اعتبار ما ليس بصنع منهم سد باب البيع في الربويات فغير صحيح لانا
لا نعتبر نفس التفاوت يسيرا كان او فاحشا حتى يؤدي الى سد باب البيع
بل نعتبر ما هو الفاحش منه كما بين الرطب والتمر واعتبار هذا لا يؤدي
الى سد الباب واما ثانيا فلانه لو كان المسؤل هو بيع الرطب بالتمر
نساء لم يكن لقوله عليه السلام اينقص اذا جف وقوله لا اذن معنى اذ حرمة
النساء لا يتوقف على ثبوت التفاوت بينهما عند الجفاف الا يرى ان
بيع التمر بالتمر نساء ايضا لا يجوز وان لم يتوهم فيه التفاوت اصلا والله اعلم
بالصواب **قوله** وقيل لا يجوز بالاتفاق وقد يقال العنب مع الزبيب
جنسان مختلفان بدليل انه لو اوصى بالعنب فصار زبيبا قبل موت الموصى
بطلت الوصية لتغير الموصى به والاسم اما لو اوصى بالرطب فصار تمرا حيث
لا يبطل الوصية وكذا لو غصب عنبا فصار زبيبا انقطع حق المالك ولو غصب

رطبا فصار تمرا لا ينقطع حقه ومتى اختلف الجنسان وجب ان لا يجوز البيع
كيف ما كان **وجوابه** ان بطلان الوصية وانقطاع حق المالك ليس بدليل
على اختلاف الجنسية لجواز ان يكون العنب والزبيب جنسا واحدا ولكن
اسم الزبيب يختص باليابس لا يطلق على الرطب واسم العنب يختص بالرطب
لا يطلق على اليابس والوصية تبطل ببطلان النوع الموصى به وكذا حق المالك
ينقطع بزوال النوع فاما الرطب فبعد ما صار تمرا ان كان يزول عنه اسم
الرطب فاسم التمر الذي كان يطلق عليه وهو رطب باق فمن حيث ان اسم الرطب
يزول يجب ان يبطل الوصية وينقطع حق المالك ومن حيث ان اسم التمر باق
وجب ان لا يبطل الوصية ولا ينقطع حق المالك فقلنا لا يثبت بطلان
في الوصية ولا انقطاع حق المالك في الغصب بالشك اما في العنب فلا يبقى
اسمه بعد الجفاف اصلا اما اسم العنب فظاهر وكذا اسم الزبيب لانه ما كان
يطلق عليه **قوله** لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها والفرق
على هذه الرواية بين بيع التمر بالرطب وبين بيع العنب بالزبيب ان النص
ورد باطلاق لفظ التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا باطلاق اسم الزبيب
على العنب كذا في الحاشية الا ان يقال الاختلاف الاسم بين العنب والزبيب
يحتمل ان يكون لاختلاف الجنس وتوضيحه ان اسم التمر لما اطلق على الرطب
دل ذلك على عدم اعتبار التفاوت بينهما اذ اتحاد الاسم يدل على اتحاد
المسمى واذا لم يعتبر التفاوت بينهما جاز بيع احدهما بالاخر متماثلا واسم الزبيب
لما لم يطلق على العنب دل ذلك ان التفاوت الثابت بينهما معتبر فلا يجوز
بيع احدهما بالاخر ولكنه يشكل بالحنطة المقلية بغير المقلية فان اسم الحنطة
يطلق عليهما مع اعتبار هذا التفاوت بينهما فعلم ان اتحاد الاسم لا يدل
على عدم اعتبار التفاوت بينهما ويكفي لاتحاد الاسم ان يتفقا في المقصود
الاصلي فالظاهر ان الرواية التي جاءت في بيع العنب بالزبيب انه لا يجوز
عند ابي حنيفة فهو منه رواية في عدم جواز بيع الرطب بالتمر ايضا ومن اراد
الفرق بينهما فقد ركب شططا **قوله** الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر لما روينا **قلت** لما ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر بعبارة الحديث
الذي روينا لزمه ان يتركه في هذه الفصول ايضا بدلالته فان من سمع ما روي
انه عليه السلام لما سئل عن بيع الرطب بالتمر قال عليه السلام اينقص اذا جف
فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذن يفهم ان المعتبر هو المساواة في اعدل
الاحوال لا المساواة في الحال ولم يوجد في هذه الفصول المساواة في اعدل
الاحوال فيلزمه ان يقول بجواز هذه البياعات بدلالة النص كما قال بجواز بيع الرطب

بالتمر

بالتمر بعبارته فاعتبار العبارة دون الدلالة مما لا وجه اليه **قوله** ولو باع
البسر الى اخره في الصحاح اول ما يبدو من النخل طلع ثم خلال ثم بلح بفتحتين ثم بسر
ثم رطب ثم تمر وفيه ايضا البسر غوره خوما **قوله** الكفرى بضم الكاف وفتح
الفاء وتشديد الراء كم النخل سمي كما بكسر الكاف لانه يستر ما في جوفه والكم
هو الستر يقال كممت الحب اذا استرته **قوله** اذ ما فيه من الدهن موزون
فان قلت ينبغي ان يجوز بيع الدهن بالسمسم كيف ما كان لان السمسم كيلي والدهن
وزني **قلت** السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه وانه وزني فاعتبر
الدهن الذي فيه احتياطا **فان قلت** لما كان المقصود هو الدهن ينبغي ان يجوز
بيع السمسم بالسمسم متفاضلا وينصرف التخيير الى الدهن تصحيحا للعقد كما
في مسئلة الالدار **قلت** السمسم له صورة يقصد اليها ومعنى وهو الدهن
فاذا بيع بجنسه يعتبر الصورة فوجبت التسوية واذا بيع بالدهن يعتبر المعنى
فيجب التسوية بين الدهن المفروز والدهن الذي في السمسم عملا بالشبهين
كذا في الشاهان وهل يصح ان يجاب بان الدهن الذي في السمسم ليس بمفروز عينه
ولكنه من حيث انه مقصود يعتبر مفروزا فيما اذا باع السمسم بالدهن احتياطا
اما اذا بيع السمسم بمثله فالاحتياط ان لا يعتبر مفروزا اذ لو اعتبر مفروزا
وقيل بصحة البيع صرفا للجنس الى خلاف الجنس لم يكن ذلك احتياطا لما فيه
من شبهة الربوا من حيث انه غير مفروز حقيقة ثم قد يقال قد اعتبروا الدهن
الذي في السمسم والزيتون موجودا هنا كالدهن المفروز ولم يعتبروه موجودا
في جواز بيعه حتى لو باع الدهن الذي فيه لم يجز **وجوابه** ان الاحتياط
في كل فصل واجب ولكن الاحتياط في البيع ان يعتبر معدوما فلا يجوز
وفي بيعه بالدهن المفروز ان يعتبر موجودا ليشترط الزيادة في المفروز
احترازا عن الريبة **قوله** ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا
وقد يشكل بان بيع السمسم بالدهن المساوي بيع ما فيه من الدهن والاقل منه
انما لا يجوز لشبهة الربوا اذ الظاهر جواز البيع كيف ما كان لانه بيع الكيلي
بالوزني ولكن لما كان الشيرج مقصودا اعتبر مفروزا تفاديا عن الريبة
ثم لما لم يعلم مقدار ما فيه تنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة
الا اذا كانت حرمة ما فيه الشبهة منصوصة كحرمة شراء ما باع باقل مما باع
وحرمة بيع السمسم بدهنه او الزيتون بزيته ليست منصوصة وفي مثله الشبهة
المنزلة غير معتبرة **قوله** ولنا ان الاصول مختلفة وقد يقال الا اقل
من شبهة المجانسة لاتحاد المقصود وشبهتها ملحقة بحقيقتها الا ترى
ان منافع الدار والحانوت اعتبرت متحدة باعتبار اتحاد اصل المقصود

مع الاختلاف في كثير من الاغراض قوله فكذا اجزاؤها يشكل على قول
ابي يوسف ومحمد رح فانهما اعتبرا الدقيق والسويق جنسين مختلفين لاختلاف
المقصود مع انهما من اجزاء الحنطة قوله وشعر المعز وصوف الغنم الاولى
ان يقول وصوف الضان لانه لا مقابلة بين المعز والغنم لما مر في الزكوة
ان اسم الغنم يشمل الكل قوله جنسان لاختلاف المقاصد ولم يعتبر اتحاد
الجنس في اصلهما وفي الالبان واللحوم اعتبر اختلاف الجنس في الاصول
ولم يعتبر اتحاد المقصود اجيب بان الاصل في اتحاد الجنس واختلافه هو المقصود
عند الفقهاء فان كان بعض المقاصد متحدا والبعض مختلفا يعتبر الرجحان
بالاصل والمقاصد هنا مختلفة اختلافا فاحشا فيعتبر اجناسا وثمه بعض
المنافع متحد وبعضها مختلف فرجحنا بالاصل والاصول مختلفة فاعتبرت
اجزاؤها اجناسا قوله وكذا السلم جائز في الخبز في الصحيح فان قلت
كيف يجوز والخبز يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا حتى لا يجوز الاستقراض
به لا وزنا ولا عددا والسلم فيما يتفاوت آحاده غير جائز قلت نعم القياس
يقتضي ان لا يجوز السلم فيه لا وزنا ولا عددا كما هو قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ولكن المشايخ اختاروا قول ابي يوسف رح انه يجوز السلم فيه وزنا
اذا اتى بشرائطه لحاجة الناس ويجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض
من الجنس الذي سماه حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض

باب الاستحقاق

قوله ان البينة حجة مطلقة
الخ وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى يظهر في حق كافة الناس والاقرار
لا حتى يقتصر على المقر لان البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة
فيتعدى الى الكل اما الاقرار فحجة لا تتوقف على القضاء وله ولاية على نفسه
دون غيره فيقتصر عليه هذا كلامه وانه مشكل لما سياتيك انه لو قضى
بالنتاج لذي اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد
ذو اليد البينة على النتاج لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي وانما
قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية هذا كلامه وانه
تنصيص بان البينة ليست بحجة الا على من قامت عليه وليست بمتعدية بحيث
تظهر في حق كافة الناس اذ لو ظهرت في حق الكل لم يصح اقامة البينة من الثالث
على النتاج وحيث صح علم انها لا تظهر الا في حق المقضي عليه ولا يجوز ان يحمل
ذلك على حقوق الله سبحانه وتعالى كالحرية فان القضاء بها بالبينة قضاء في حق
الكل حتى لا يقبل بينة احد على الرق لان التعليل الذي ذكر بقوله لان البينة
تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة ياباه فكانه اراد بقوله كافة الناس

كل من

كل من صار خصما في القضية كالورثة فانه لو اقيمت البينة بدين على الميت على واحد
منهم ظهرت في حق الكل حتى لو حضر من كان غائبا منهم وقت القضاء على الحاضر
وانكر الدين على الميت لا يلتفت الى انكاره بخلاف ما لو اقر واحد من الورثة
بالدين على الميت حيث يقتصر عليه ولا يؤخذ به غيره من الورثة ولعمري ان
كلام المصنف رح من قوله البينة حجة مطلقة اسلم من هذا الاشكال ولله دره
ما ادق نظره قوله وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام
تبعا وفيه بحث لان القضاء بالام يقتصر على من هي في يده حتى لو برهن
غير ذي اليد على المستحق يقضى له بها والقضاء بالام انما يكون قضاء بالولد في حق
من صار مقضيا عليه بها ومن ليس في يده الام لا يصير مقضيا عليه بها فلا يصير
مقضيا عليه بالولد لو كان في يده فعدم دخول الولد في القضاء اذا كان في يد غيره
لا يدل على اشتراط القضاء بالولد لجواز ان لا يشترط ولا يدخل في القضاء
بالام لان القضاء بالام لا يثبت في حقه فكيف يثبت ما يتضمنه وهو القضاء
بالولد وبالجملة ان من لا يشترط القضاء بالولد فهو يشترط القضاء
بالام والقضاء بها مقتصر على ذي اليد فكذا القضاء بالولد والله اعلم قوله
وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما اي في الفصلين في البيع وهما فصل كون البائع
حاضرا او غائبا غيبة معروفة وفصل كونه لا يدرى اين هو ولا يجوز ان يرجع ضمير
قوله فيهما الى فصلي البيع والرهن حيث ياباه القياس على مسئلة الرهن في قوله
او قال ارتهني فاني عبد حيث يلزم قياس فصلي البيع والرهن على فصل الرهن وفيه
قياس الشيء على نفسه وانه باطل الا ان يقال المقصود بالبيان هو عدم الرجوع
في فصل البيع دون الرهن لانه متفق عليه فقوله لا يرجع فيهما في قوة قوله لا يرجع
في فصل البيع ايضا فيصح قياسه على الرهن والله اعلم قوله فيجعل العبد بالامر
بالشراء ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور فان قلت
العبد ليس باهل للضمان قلت ظهر انه حر فصار كسائر الاحرار في صحة الضمان
كذا في النهاية فان قلت اذا التحق العبد بسائر الاحرار في صحة هذا الضمان
والحر لا يرجع على المكفول عنه الا اذا كان الضمان بامره فينبغي ان لا يرجع العبد
هنا ايضا لان المولى لم يامره بهذا الضمان قلنا لم يضمن هنا صريحا وانما
جعلناه ضامنا لدفع الغرور ففيما وراءه يكون العبد كالمضطر في اداء الضمان
كمعير الرهن فيرجع عليه وان لم يامره المولى بهذا الضمان قوله بخلاف الرهن
لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة الاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل
الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر ضمانا للسلامة
فان قلت اذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار

ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن فان ضمن الراهن فقد مات بالدين وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاءه فيعود حقه كذا ذكر في كتاب الرهن فلو لم يكن الغرور في عقد الرهن موجبا للضمان كما اشار اليه هنا لما رجع المرتهن الى الراهن بحكم الغرور في هذه المسئلة كما لا يرجع الموهوب له الى الواهب اذا استحق الهبة وضمن الموهوب له القيمة اجيب بان عقد المعاوضة انما يشترط لرجوع المغرور على الغار اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا له فيرجع عليه وان لم يكن الغرور في ضمن عقد المعاوضة الا يرى انه اذا استحق الوديعة وضمن المستحق المودع يرجع على المودع الغار والوديعة ليست بعقد معاوضة والمرتهن عامل للراهن اذ الرهن عقد ايفاء وفيه منفعة للموفي ببراءة ذمته والمستوفي بوصول حقه اليه اما منفعة الراهن ارجح لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين بالايفاء الحكمي ومنفعة الايفاء لا يختلف بين الحكمي والحقيقي اما منفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي دونها في الحقيقي فالمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح فصار المرتهن عاملا للراهن فاذا لحقه ضمان كان قرار الضمان على الراهن بخلاف ما اذا قال ارتهني فاني عبد اذ المرتهن لا يعمل لهذا القائل فلا يكون قوله موجبا للرجوع عليه الا في ضمن عقد المعاوضة ولم يوجد قوله حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والسلم وقد يقال لجواز الرهن ببدلهما وان كان دليلا على ان الرهن ليس بمعاوضة بين الدين وصورة الرهن لحرمة الاستبدال بغير المثل في بابي الصرف والسلم فلا يصلح دليلا على انتفاء المعاوضة بين الدين ومالية المرهون لان المعاوضة بالمثل ليس بحرام في هذين البابين لئلا يؤدي الى انسدادهما قوله لتضمنه تحريم فرج الام يعني على مولاه وقد يقال حرية الاصل لا يستلزم تحريم الفرج فان المولى اذا استولد جاريته فجاءت بغلام كان الغلام حر الاصل مع ان فرجها لا يحرم على مولاه الا ان يقال الدعوى لما لا يشترط اذا شهدوا على حريته بكون امه حرة وهذه الشهادة تتضمن تحريم الفرج لا محالة اما اذا شهدوا عليها بكونه مخلوقا من ماء مولى امه فالدعوى فيه شرط لعدم تضمنه تحريم الفرج يشعر بذلك لفظ الكافي حيث قال لانها لا تخلو عن حرمة فرج الام اذ الشهود يفتقرون في شهادتهم الى تعيين الام حتى اذا حلت اي شهدت حرية الاصل عنها اي عن حرمة الفرج بان شهدوا ان امه ولدت من مولاها كانت الدعوى شرطا فصل

في بيع

في بيع الفضولي قوله ولنا انه تصرف تمليك اي تصرف هو جعل الغير الغير مالكا وقد احترز بها عن تصرف هو اسقاط كاعتاق عبد الغير بغير اذنه فانه باطل من الابتداء لا يتوقف على اجازة المالك كذا في كشاهان وذكر المصنف رح في فصل المشيئة انه لو قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت الى ان قال بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء فهو تصريح بان الابانة مما يتوقف على الاجازة وهي من الاسقاطات وبهذا صرح الشارح فيما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة حيث قال ولابي حنيفة رضي الله عنه انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج كما لو قال طلقي نفسك فطلقت ضرتها وذكر في فوايد المحيط لو قال للفضولي بئس ما صنعت يكون اجازة في البيع والنكاح والطلاق وغير ذلك وفي فتاوى القاضي الامام ظهير الدين اذا حلف لا يطلق فطلق فضولي فاجاز ذلك قولا او فعلا فالجواب فيه نظير الجواب في النكاح فضولي قال لامرأة الغير ان دخلت الدار فانت طالق فاجاز الزوج فدخلت طلقت وسئل صاحب المحيط عمن اعتق عبد الغير فقال المولى سهل بود هل يكون اجازة قال لا لانه بمنزلة قوله باكي نيست وكذا لو قال لعبده وعبد غيره هذا حر او هذا لا يعتق عبده ولو كان الاعتاق لا يتوقف في عبد الغير يعتق عبده كما لو جمع بين عبده وبين ما لا يقع العتق عليه من حية او اسطوانة وكذا لو قال لامرأة رجل جعلت امرك بيدك فقالت اخترت نفسي فاجاز الزوج لم يقع الطلاق ولكن يصير الامر بيدها فهذه المسائل تدل على ان اعتاق الفضولي وطلاقه متوقف على الاجازة كبيعه واجارته فما ذكر في الشاهان محتاج الى مزيد تتبع هذا مع ان نكاح الفضولي ينعقد باتفاق علمائنا وقد صرح المصنف رح في كتاب الوكالة ان النكاح من الاسقاطات حتى لا يرجع العهدة فيه الى الوكيل فالظاهر انه اراد بقوله تصرف تمليك انه تصرف يمكن تمليكه من الغير ومباشرته بنيابته وفيه احتراز عن تصرف لا يجري النيابة فيه او هو احتراز عن الشراء فان شرى الفضولي لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قوله تصرف تمليك اي تصرف هو تمليك لا تصرف هو تملك والشراء تصرف تملك بخلاف البيع فانه تمليك قوله يكفي مؤنة في الصراح كفاية كارگذاري كردن

يقال كفاه مؤنته قوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن
في التصرف النافع وقد يقال اذا كان الفضولي مأذونا في النكاح الموقوف
دلالة يشكل ما ذكر في الذخيرة من الفرق بين الوكيل بالنكاح والفضولي فيه
حيث قال لو ان الوكيل زوجه امرأة بغير اذنها ثم زوج اختها باذنها او
بغير اذنها كان نقضا للنكاح الاول ولو ان الفضولي زوجه امرأة ثم زوجه
اختها لا ينقض نكاح الاولى ويتوقف نكاح الثانية كالاولى حتى اذا اجاز
نكاح الاولى والثانية صح اجازته والفرق ان العاقد متى كان وكيلا
لو لم ينقض نكاح الاولى بنكاح الثانية صار الموكل جامعا بين الاختين
عقدا لان عبارة الوكيل في النكاح منقولة الى الموكل فصار كان الموكل
تزوج امرأة بغير رضاها ثم تزوج اختها بغير رضاها اما اذا كان فضوليا
لا يصير جامعا بين الاختين لا عقدا ولا ملكا لان عبارة الفضولي مقصورة
عليه هذا كلامه فلو كان الفضولي مأذونا في النكاح الموقوف دلالة
وجب ان ينتقل عبارته الى الآمر لان كلام المأمور في النكاح ينتقل
الى الآمر فيصير جامعا في المسئلة المذكورة بين الاختين فان لم ينقض
نكاح الاولى من حيث ان الفضولي لا يملك النقض صريحا فكذا دلالة وجب
ان لا ينعقد نكاح الثانية كيلا يصير جامعا قوله والمتعاقدان بحالهما
اي لم يتغيرا من اهلية التصرف حتى لو كانا عاقلين وقت العقد ثم جن احدهما
فاجاز المالك لا ينعقد العقد قوله لان الاجازة تصرف في العقد
فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه لا يقال هذا يقتضي
ان يشترط بقاء الفضولي في النكاح ايضا عند الاجازة والمسئلة بخلافه
فان رجلا لو زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير اذنه خاطب عنه
ابوه ثم مات ابو الصغيرة قبل ان يجيز الابن النكاح يبطل النكاح ولو كان
مكان الصغيرة كبيرة زوجها بغير رضاها والمسئلة بحالها لا يبطل النكاح
بموت الاب فهذا دليل على ان بقاء الفضولي في النكاح ليس بشرط لصحة
الاجازة لانا نقول الفضولي في عقد النكاح ليس بعاقد حكما بل هو
سفير ومعبر حتى لا يرجع الحقوق اليه فاذا عبر فقد صار اجنبيا فموته لا يؤثر
في انعدام العقد قوله لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
فان قلت من كفل عن رجل بغير امره لا يرجع عليه بما ضمن وان اجاز المكفول
عنه بعد ذلك فلو كانت الاجازة اللاحقة كالاذن السابق لرجع عليه بعد
اجازته كما لو امره بالكفالة ابتداء اجيب بان الاجازة اللاحقة انما
تكون كالامر السابق فيما يحتاج فيه الى الامر كبيع مال الغير فاما فيما لا يحتاج اليه

كالكفالة

كالكفالة فلانه نافذ قبل الاجازة وبعدما نفذ فالاجازة وعدمها سواء
فلا تؤثر الاجازة في كونها موجبة للرجوع لانها لما نفذت وقعت غير موجبة
للرجوع فلا ينقلب موجبة بعد ذلك نعم يشكل بان الاجازة اللاحقة لو
كانت كالوكالة السابقة لزم ان لا يملك الاجازة الا من يملك التوكيل وليس
كذلك فان الوكيل لا يملك التوكيل ويملك الاجازة وكذا القاضي المولى
لا يملك الاستخلاف ويملك الاجازة على ما سيجيء في ادب القاضي قوله
وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة قلت وكذلك للمشتري ان يفسخ قبل الاجازة
وانما خص الفضولي بالذكر لبيان التفرقة بين الفضولي في البيع والفضولي
في النكاح من حيث ان الاول يملك الفسخ والثاني لا يملك واما الطرف
الاخر وهو المشتري في البيع والمرأة او الرجل في النكاح فلا يفترقان في ولاية
الفسخ بل يملك كل واحد فسخ العقد قوله بخلاف الفضولي في النكاح حيث
لا يملك الفسخ بالقول ويملك الفسخ بالفعل بان زوج رجلا امرأة برضاها
فقبل اجازة الزوج زوجه اختها كان نقضا للنكاح الاول كذا في الحاشية
العلائية وانه يخالف رواية الذخيرة فانه نص بان الوكيل بالنكاح اذا
زوج امرأة بغير اذنها ثم زوج اختها باذنها او بغير اذنها كان نقضا
للنكاح الاول ولو ان الفضولي زوجه امرأة ثم زوج اختها لا ينقض نكاح
الاولى ويتوقف نكاح الثانية كالاولى الى اخر ما ذكرنا من الذخيرة فما في الحاشية
يحتاج الى تأمل قوله لانه سفير محض فان قلت الوكيل بالنكاح اذا زوج
امرأة بغير اذنها زوجها ابوها فلم يسلمها حتى نقض الوكيل النكاح بغير اذنها ولا
من ابيها ولا من زوجها جاز نقضه مع ان الوكيل ايضا سفير في باب النكاح لا يرجع
الحقوق اليه اجيب بان نقض النكاح الموقوف فسخ من وجه وامتناع عن اتمام
العقد من وجه والعمل بالشبهين في حق الوكيل والفضولي متعذر لما بينهما من التنافي
فعملنا بشبه الفسخ في حق الفضولي فلم يجوز ذلك منه لانه يفسخ عقد غيره وهو
ليس بوكيل عنه وفسخ عقد غيره لا يجوز الا فرارا عن العهدة ولا عهدة على الفضولي
في النكاح وعملنا بشبه الامتناع في حق الوكيل وجوزنا ذلك منه لان له ولاية
الامتناع ولم نعكس لانا لو عملنا بشبه الامتناع في حق الفضولي وجوزنا ذلك
منه لزمنا تجويزه في حق الوكيل لان الوكيل لنيابته عن الموكل اعلى حالا من الفضولي
كذا في الذخيرة في كتاب النكاح وقد يشكل بانه ذكر في الذخيرة بعد هذا ان
عبارة الوكيل في النكاح ينتقل الى الموكل في العقد الموقوف والنافذ وعبارة
الفضولي يقتصر عليه وبنى على ذلك مسائل عرفت في موضعها فلا يبعد ان يجوز
فسخ الفضولي ولا يجوز فسخ الوكيل لان عبارته لما انتقلت الى الموكل صار اجنبيا

بمجرد العقد وصار كان الموكل باشره بنفسه ولو باشره الموكل لم يكن للوكيل فسخه فكذا لو باشره الوكيل اما الفضولي فعبارته لما كانت مقتصرة عليه كان كالآلة في هذا والاصل يملك فسخ العقد الموقوف فكذا الفضولي فلو عكسنا الامر وجوزنا ذلك في حق الفضولي لم يلزمنا تجويزه في حق الوكيل فلا يبطل العمل بالشبهين والله اعلم **قوله** وان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا وقد يحتاج الى الفرق بين الاقالة والاجازة فان بقاء العقد يشترط لهما ثم يكفي للاقالة في بيع المقايضة بقاء احد العوضين كما مر ولا يكفي للاجازة بقاء احدهما فيه بل لا بد من بقاء العوضين كما يشير اليه قوله ايضا ثم اشتراط بقاء العوضين لصحة الاجازة فيما اذا كان الثمن عرضا معينا مشكل لان المقايضة من حيث انه شراء من وجه ينفذ على الفضولي ولا يتوقف الى اجازة مالك المبيع بل يصير الفضولي اصيلا في هذا التصرف ويكون مشتريا لنفسه غير انه نقد الثمن من مال الغير فيتوقف على الاجازة النقد لا العقد فاذا اجاز كان اجازة بعد الاجازة عقد على ما ذكر في الكتاب ومتى كان العقد نافذا على الفضولي لم يشترط لاجازته بقاء العقد ببقاء المعقود عليه لعدم احتياجه الى الاجازة فلا يشترط بقاء ما صار الفضولي مشتريا لنفسه لاجازة النقد بل يشترط لها بقاء المنقود باعتبار ان اجازة النقد اقراض من المالك حتى يجب على العاقد رد مثله او قيمته اليه ولا بد للاقراض من وجود المقرض وجوابه ان الفضولي في المقايضة وان جعل مشتريا لنفسه بمال الغير لكن نفاذ الشرى عليه يتوقف على اجازة النقد من مال الغير لانه لو لم يجز المالك نقد الفضولي من ماله لخلا العقد عن العوض لتعين مال الغير عوضا وقد خرج عن العوضية عند عدم الاجازة واذا خلا عن العوض بطل الشرى لانعدام ركنه وهو مبادلة المال بالمال واذا بطل لم ينفذ على الفضولي فيتوقف نفاذه على اجازة النقد ونفاذ العقد يستدعي بقاءه وبقاؤه يستدعي بقاء المعقود عليه **قوله** لا اجازة عقد ولما اجاز المالك البيع كان مقرضا ملكه للفضولي وكان الفضولي مستقرضا في ضمن الشراء فصح حكما لصحة الشراء وان كان الاستقراض مقصودا لا يصح الا في المثليات **قوله** لانه اي بيع العرض بالعرض شراء من وجه لان كلا من العرضين ثمن من وجه مبيع من وجه اذ لا بد للبيع من المبيع والثمن وفي العرض بالعرض لا يتعين احدهما للثمنية فيجعل كل منهما ثمنا بالنسبة الى الآخر فيكون شراء من وجه **فان قلت** ما لهم اعتبروا جانب الشراء دون البيع **قلت** لان الاصل تصرف الانسان لنفسه ولا يكون متصرفا لنفسه الا باعتبار شراء فرجح جانب الشراء بهذا الاصل **قوله** لانه

توقف

توقف على اجازة المولى بنفسه فلا يجوز باجازة غيره **فان قلت** يشكل بامة تزوجت نفسها بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينفذ باجازة الوارث اذا لم يحل وطؤها له **قلنا** بانا لا نسلم ان نكاح الامة يتوقف على اجازة المولى بل على سقوط حق من له الحق الا يرى انه لو اعتقت ينفذ نكاحها ايضا ولو توقف على اجازة المولى لما نفذ اذ الموقوف على شيء لا يتحقق الا بتحقق ذلك الشيء وذلك لان الامة مالكة للنكاح بنفسها لانها مبقاة على الحرية في امر النكاح انما التوقف لحق غيره فاذا سقط حقه بعد نكاحها اما بيع الفضولي فيتوقف على اجازة من هو مالك وقت العقد للحاجة المضرورة الفضولي وكيلا من وقت العقد لينفذ العقد من ذلك الوقت ولن يصير وكيلا من ذلك الوقت الا باجازة من هو مالك وقت العقد والوارث يملك ملكا مقتصرا فلا يصير باجازته وكيلا من وقت العقد فلا يعتبر اجازته اما نكاح الامة فلا يتوقف على الاجازة لتصير وكيلة بنكاحها من حين العقد لانها مالكة للنكاح كالحرة بل يتوقف عليها ليسقط حق من له الحق والمولى وغيره في ذلك سواء واما اذا كانت الامة ممن يحل وطؤها للوارث فانما لا يجوز نكاحها باجازته لان نكاحها يبطل بمجرد الانتقال الى الوارث لان بضعها يدخل على ملكه والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف ابطله **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وما قال ان الاصل هو البقاء **قلنا** الظاهر لا يكفي للاثبات والحاجة هنا الى اثبات الاجازة فلا يثبت بالظاهر **قوله** قال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك **فان قلت** هل يكره للمشتري ان يطأ الامة اذا كان اعتقها قبل ان يجيز المالك بيعها عند محمد رح **قلت** يجب ان يكره كما لو تزوج عبد امرأة بغير اذن سيده وطلقها ثلثا ثم اجاز سيده هذا النكاح ثم اذن له فتزوجها يكره له التزوج بها عند ابي حنيفة ومحمد رح كذا ههنا ينبغي ان يكره الوطي للمشتري عند محمد رح **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وانما يثبت الملك تحقيقا لوجوب الضمان فلا يظهر في نفاذ العتق **فان قلت** فيجب ان لا يظهر في نفاذ بيعه ولا في تضحيته اذا ضحى بالشاة المغصوبة ثم ادى الضمان وحيث نفذ بيعه وصحت اضحيته علم ان اعتاق الغاصب انما لا يصح وان ادى الضمان لان الاعتاق يستدعي ملكا مطلقا ولا يكفيه الملك الثابت بالاستناد **اجيب** بان الغصب لما كان غير موضوع لافادة الملك لم يثبت به الملك قبل اداء الضمان لا باتا ولا موقوفا وانما يثبت الملك بعد اداء الضمان كما في البيع بشرط الخيار ولا بد لصحة الاعتاق من الملك ولو موقوفا اما البيع والتضحية فيكفيه الملك المستند

قوله لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف
ابطله وهذا لانه لا يتصور اجتماع الملك البات والموقوف في محل واحد
ولان حكم السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث فحكم السبب ثبوته
للمشتري من وقت العقد وانما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا
وقت العقد وقد زال الملك بازالته فلو نفذناه باعتبار الملك الحادث
نفذ مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فان قيل يشكل ما اذا باع
الغاصب ثم ادى الضمان نفذ بيعه وان طرأ الملك البات للغاصب على الملك
الموقوف للمشتري قلنا ثبوت الملك للغاصب ضروري فلم يظهر في ابطال
ملك المشتري كذا في الشرح او نقول ملك الغاصب يثبت حالة الغصب
لوجوب الضمان عليه فيعتمد الفوات فينتقل الملك الى الغاصب لا انه غير متقرر
وعند اداء الضمان يتقرر ثم يستند هكذا ذكر بعض المشايخ كذا في الشاهان
وفيهما نوع فكر اما في الاول فلان ملكه اذا لم يظهر في ابطال ملك المشتري
لكونه ضروريا يجب ان لا يظهر في نفاذه من الغاصب ايضا وجوابه ان نفوذ
البيع الموقوف اهون من ابطاله اذ بالنفاذ لا يثبت الا وصفا لثبات
وبالابطال يرتفع اصل البيع مع حكمه فكان اسهل من الابطال فجاز ان
يكتفي بالملك الضروري لنفاذ البيع من الغاصب ولا يكتفي به لابطال العقد
الموقوف واما في الثاني فلان ملك الغاصب ان كان يثبت بمجرد الغصب
على قول بعض المشايخ فلا شك انه يتاكد عند الضمان بعد ما كان على شرف
السقوط وللتاكيد حكم الايجاب على ما عرف في شهود الطلاق قبل الدخول
اذا رجعوا فينبغي ان يبطل ملك المشتري من الغاصب بتأكد الملك له عند
اداء الضمان كما يبطل بطريان حقيقة الملك وجوابه ان للتاكيد ان كان
حكم الايجاب فملك المشتري من الغاصب عند من يقول بثبوت الملك حالة
الغصب ليس بملك موقوف حتى يبطل بطريان تأكد الملك للغاصب بحكم ان
التاكيد حكم الابتداء بل ملكه ايضا بات غير متقرر لانه يتلقى الملك من الغاصب
فيثبت له الملك كثبوته له ومتى تقرر في حق الغاصب تقرر في حقه ايضا
فهذا ليس من قبيل طريان الملك البات على الموقوف نعم يشكل بان حكم
البيع ثبوت حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بحيث يستحق المبيع بزوائده
المتصلة والمنفصلة وهذا لا يتأتى في بيع الغاصب لان حقيقة الملك
لا يثبت للغاصب حتى لا يستحق المغصوب بزوائده المنفصلة فكيف يثبت
للمشتري الذي يتلقى الملك منه حقيقة الملك فاذا لم يتحقق حكم البيع في بيع
الغاصب وجب ان لا ينفذ البيع منه وجوابه ان اصل الحكم للبيع هو ملك المبيع

اما ملك الزوايد فكالوصف لانه تبع وهنا ان كان لا يمكن تحقيق وصف الحكم
امكن تحقيق اصله فيجب القول بصحة البيع ولا يلزم ابطال الاصل لرعاية الوصف
وذا باطل قال الشارح فان قيل لما كان طرو الملك البات يبطل الموقوف بعد
الثبوت فاولى ان يمنعه لان المنع اسهل فيجب ان لا ينفذ بيع الفضولي لان للمالك
ملكا باتا قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي
والمنع انما يكون بعد الوجود اما المالك اذا اجاز بيع الفضولي يثبت للمشتري
ملك بات فابطل الموقوف لانه لا يتصور اجتماعهما وهكذا ذكر في الشاهان
فقال الملك الموقوف للمشتري من الفضولي ما ظهر في حق المالك فصار كانه
غير موجود اما ههنا فالملك للمشتري الثاني صار موقوفا من جهة الاول فاذا
ظهر للاول ملك بات بطل ما باشره من العقد المثبت للملك الموقوف وهنا
لم يوجد من المالك عقد يوجب الملك الموقوف فكيف يظهر الابطال هذا
لفظه وفيه نظر اما اولا فلما مر في هذا الفصل ان الاذن من المالك
ثابت في عقد الفضولي دلالة بعلة ان هذا تصرف نافع والعاقل يأذن
في النافع فكان ظاهرا في حقه ايضا فيجتمع البات والموقوف في حقه واما
ثانيا فلان الملك الموقوف ان كان لا يظهر في حق المالك لعدم ظهور عقد
الفضولي في حقه فلا ريب ان الملك البات للمالك ظاهر في حق المشتري
لظهور سبب ملكه في حقه فيلزم اجتماع الملكين في حق المشتري ان كان لا يلزم
في حق المالك الا ان يقال المبيع يخرج عن ملك المالك في حق المشتري من الفضولي
خروجا موقوفا ويدخل في ملكه دخولا موقوفا اعمالا للعقد الظاهر في حقه
الموجب لخروج المبيع عن ملك المالك ودخوله في ملك المشتري بقدر الامكان
فلا يجتمع الملكان في حق المشتري ايضا وهذا يصلح جوابا عن اصل السؤال
ايضا اذ البيع الموقوف لما كان موجبا لخروج المبيع عن ملك المالك ودخوله
في ملك المشتري ولكن خروجا موقوفا ودخولا موقوفا فيجتمع هناك الملك البات
مع الموقوف بخلاف المشتري من الغاصب اذا باع من غيره ثم اجيز بيع الغاصب
اذ لو نفذ بيع المشتري منه لاجتمع الملك البات للمشتري والموقوف من المشتري
في حالة واحدة حيث يثبت الملك البات للمشتري من الغاصب بنفاذ بيعه
ثم لو ثبت الملك البات للمشتري منه لثبت بعد ثبوته للاول وبمجرد ثبوته
له يبطل ما كان للمشتري الثاني من الملك الموقوف واذا بطل لم يصر باتا
بالضرورة واما ثالثا فلان بطلان الملك الموقوف بالبات لا يحتاج
الى ظهوره في حق من ثبت له البات بمباشرته عقدا يوجب الملك الموقوف
الا يرى ان الامة لو تزوجت بغير اذن المولى ثم مات وورثها من يحل له وطؤها

او اشتراها من يحل له الاستمتاع بها يبطل النكاح بطريان الملك البات للوارث او المشترى على الموقوف للمتزوج مع ان هذا الملك الموقوف للمتزوج لم يظهر في حق الوارث او المشترى بمباشرتهما العقد الا ان يقال الملك الموقوف كما يظهر في حق الفضولي يظهر في حق كافة الناس سوى المالك لان العقد صدر من الاهل في المحل مع جميع شرايطه فيجب القول بانعقاده في حق الكل الا انه لا يظهر في حق المالك ضرورة صيانة حقه ولا ضرورة في حق غيره فيبطل الملك الموقوف اذا ملكه الغير ثم يشكل ههنا بان الامة لو تزوجت بغير اذن مولاها ثم اعتقت نفذ نكاحها مع انها بالاعتاق تملك بضعها كما وقعت اليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري وملك الزوج عليها كان موقوفا فينبغي ان يبطل بطريان الملك البات وبما اذا اقتسم الورثة وبعضهم غايب فالقسمة موقوفة على اجازة الغايب فان مات الغايب قبل ان يجيز فاجازه وارثه صحت ولا يخفى ان ملك الورثة الحضور كان موقوفا في نصيب الغايب مع ذلك لا يبطل بطريان الملك البات للوارث **وجوابه** ان القياس يقتضي ان لا يصح الاجازة وهو قول محمد رح الا انهما يقولان انها صحيحة استحسانا لان القسمة الاولى لو بطلت لاعادوها بالتراضي وقد تراضوا على هذه القسمة فصار كانهم اعادوها **قوله** ولان فيه غررا لانفساخ **فان قلت** فساد البيع بالغرر لا يوجب عدم النفاذ باجازة البيع الاول لجواز ان ينفذ على وجه الفساد كما لو باع الفضولي بيعا فاسدا ثم اجاز المالك فانه ينفذ مع الفساد فتعليل عدم النفاذ بالفساد ليس كما ينبغي وايضا في البيع الاول ايضا غرر الانفساخ فان المالك اذا باع من غيره ينفسخ بيع الفضولي وكذا لو اجاز المالك البيع الثاني نفذ خاصة وبطل البيع الاول ففي الاول غرر الانفساخ على تقدير اجازة الثاني مع انه صحيح وايضا لو اجاز المالك البيع الثاني نفذ على وجه الصحة فلو كان فيه غرر الانفساخ لزم ان لا ينفذ من المالك على وجه الصحة **اجيب** بان المطلوب هنا هو اثبات ان البيع الثاني لا ينفذ من قبل المشترى لا قبل القبض ولا بعده اما قبل القبض فلان البيع الثاني لو اعتبر بيعا من قبل المشترى الاول لكان فاسدا لما فيه من غرر الانفساخ حيث يظهر في الاخرة اى على تقدير عدم اجازة البيع الاول انه باع ملك غيره وهذا هو المعنى بغرر الانفساخ والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض واما بعد القبض فلما مر ان باجازة البيع الاول يثبت للمشترى الاول ملك بات وطرو الملك البات يبطل الموقوف فقوله لما ذكرنا تعليل لعدم افادة البيع الثاني الملك فيما بعد القبض وقوله ولان فيه غرر الانفساخ تعليل له فيما قبل القبض

وبما ذكرنا

وبما ذكرنا ان الكلام في نفاذ البيع الثاني من قبل المشترى الاول دون المالك وان معنى الغرر هو ان يظهر في الاخرة انه باع ملك غيره يسقط جميع الشبهات التي ذكرنا يعرف بالتامل **قوله** اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشترى الخ يعني ان البقاء ببقاء البدل انما يعتبر في حق من كانت البدلية ثابتة في حقه وانها ثابتة في حق المالك دون المشترى فيتحقق الفوات في حق المشترى من كل وجه فلا يعمل الاجازة هب انه باق في حق المالك ولكن البقاء في حقه يقتضي ان ينفذ الاجازة وعدم البقاء في حق المشترى يقتضي ان لا ينفذ فوقع الشك في نفاذه ولم يكن نافذا فلا ينفذ بالشك **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره اى باع عبد غيره ثم ادعى المشترى انه باعه بغير امره وانكره البايع او معناه بغير امره على زعم المشترى وانما قلنا ذلك لان البيع اذا كان بغير الامر في الحقيقة وباتفاق البايع والمشترى فلا معنى لاقامة البينة على الاقرار الى اخر ما ذكر **قوله** للتناقض للدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته على وجه اللزوم والنفاذ اذ الظاهر من حال المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ ثم المشترى بدعوى عدم الامر يدعي عدم الامر بعد الاقرار بالامر فكان متناقضا فلم يصح الدعوى والبينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة او نقول الاقدام المشترى على الشراء اقرار بلزومه والاقرار باللزوم اقرار منه بانه لم يقر بعدم الامر لان اقرار البايع بعدمه ينافي اللزوم فكان متناقضا في دعوى اقرار البايع بعدم اللزوم فلا تقبل **فان قلت** التناقض في امر خفي لا يمنع الدعوى كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ولا خفاء ان اقرار البايع بانه لم يامره بالبيع ربما يخفى على المشترى لاستبداده بذلك **اجيب** بالمنع اذ العادة جارية باستفسار امر المالك عمن يبيع ملك الغير فيقف المشترى على اقرار البايع بالامر وبعدمه ولا يخفى ذلك عليه نعم يشكل هذا بان احد الورثة لو ادعى دينا في التركة بعد القسمة صح دعواه مع ان الدين يمنع صحة القسمة فلم يعتبر الاقدام على القسمة اقرارا بصحتها ولزومها واعتبر الاقدام على الشراء اقرارا بصحته ونفاذه والفرق مشكل وايضا اذا اختلف المسلم اليه ورب السلم في الاجل فادعاه احدهما وانكره الاخر فايهما اقام البينة قبلت بينته وعلى قياس ما ذكرنا هنا وجب ان لا تقبل بينة من انكر الاجل للتناقض في دعواه الفساد لعدم الاجل اذ الاقدام على السلم اقرار منه بصحته فيكون دعوى الفساد بعد ذلك متناقضا وتحقيق ذلك ان العاقد ليس بمقر بصحة العقد ونفاذه حقيقة الا انه جعل في الحكم مقرا به نظرا الى ظاهر حاله لكن لا مطلقا بل موقتا

الى ان يثبت الفساد او التوقف بالبينة ولا منافاة بين جعله مقرا في الشرع
الى ان يثبت الفساد والتوقف وبين دعواه الفساد بعد ذلك ليبرهن
عليه فيتمكن من فسخ العقد **قوله** ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام
البينة على اقرار البايع انه للمستحق يقبل يريد به ان المشتري متناقض في مسئلة
الزيادات ايضا اذ هو بالاقدام على الشراء اقر بانه ملك البايع وان
البايع لم يقر بانه للمستحق ثم بدعواه اقرار البايع انه للمستحق يدعي خلاف ما
اقر به اولا ومع ذلك لم يجعل متناقضا فاشار الى الفرق بقوله وفرقوا الخ
وكان هذا الفرق لضعفه غير مرضي فاحال على غيره وحقيقة الفرق ما ذكر
في زيادات الامام قاضيخان ان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه
لا ينكر العقد ولا ملك الثمن للبايع فان بيع ملك الغير منعقد وانما ينكر
وصف اللزوم بعد الاقرار من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه
دون وجه فجعلناه متناقضا في الفصل الاول لانه لا يفيد فائدة الرجوع
بالثمن الا في الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع به عملا بالشبهين **وفيه نظر**
للقطع بان فائدة الرجوع حاصل في الفصل الاول ايضا على تقدير فسخ البيع وذلك
انه لو لم يجعل متناقضا وقبلت بينته على اقرار البايع انه لم يامره بالبيع
لثبت اقراره بالبينة والثابت به كالثابت معاينة وفيما اذا ثبت اقراره
به عند القاضي معاينة يحصل فائدة الرجوع بالثمن اذا ساعده المشتري
فكذا اذا ثبت بالبينة نعم في الفصل الاول لو لم يجعل متناقضا لم يتمكن
من الرجوع بالثمن بدون فسخ البيع ولكن الحكم في الفصل الثاني هكذا لما عرف
ان البيع لا ينفسخ بثبوت الاستحقاق بل يجب وقفه على اجازة المستحق
فان اجاز فلا رجوع له على البايع وان فسخ يرجع فاستوى الفصلان
في جواز الرجوع بالثمن عند فسخ العقد وقال في الفوايد الظهيرية قال بعض
مشايخنا ما ذكر محمد رح في الجامع الصغير محمول على ان المشتري اقام البينة على اقرار
البايع قبل البيع اما اذا قام بينة على اقرار البايع ان رب العبد لم يامره بالبيع
بعد البيع فتقبل بينته لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار
البايع بعدم الامر قبل البيع اما لا يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر
بعد البيع وقال ومسئلة الزيادات يجب ان تكون محمولة على هذا ايضا **قوله**
وادخلها في بنائه لا فائدة في هذا القيد اذ الجواب لا يختلف فيما اذا بنى فيها
او لم يبن **باب السلم** وهو اخذ عاجل باجل واختص بهذا
الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل احد البدلين وتاجيل
الاخر كذا في الكافي ودلالته على تعجيل احد البدلين ظاهرة اذ التسليم هو الاداء

والتسليم هو الاخذ اما على تاجيل الاخر فغاية ما يمكن فيه ان السلم بفتحتين عبارة
عن اعطاء زيادة الثمن ففي الصراح السلم بفتحتين بيشها دادن ومنه بيع السلم
والتزام الثمن الزايد في العادة لا يكون الا بمقابلة الاجل فينبئ اللفظ عن تاجيل
احد البدلين ايضا ثم التعريف المذكور يصدق على بيع عين بدين مؤجل
فانه اخذ عاجل باجل وايضا الاجل في السلم وهو المسلم فيه مبيع لما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والعاجل
وهو راس المال ثمن والباء يجب ادخاله في الثمن فينبغي ان يقال في تعريفه هو
بيع اجل بعاجل فكانه سلك الشيخ رح مسلك القلب على نحو عرضت الناقة على الحوض
واللطيفة فيه الاشعار بان راس المال وان كان ثمنا فقد اخذ شبها بالمبيع
حتى لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لا يجوز ذلك فيما هو مبيع وسيجي تحقيقه
ان شاء الله تعالى **قوله** السلف المضمون اطلق لفظ السلف على السلم لان
السلف ينبئ عن النقد وفي السلم نقد راس المال كذا في الحاشية ووجه انبائه
عن النقد ان السلف في اللغة در كذشتن انه ينبئ عن التقدم وتقدم احد البدلين
انما يكون بنقده وتاجيل الاخر ثم وصف السلف بالمضمون لكون المعقود عليه
وهو المسلم فيه مضمونا اي واجبا في الذمة والا فالسلف عبارة عن العقد
وانه ليس بواجب في الذمة **قوله** وتلا قوله تعالى اذا تداينتم بدين اي
تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه ذكر الدين ليرجع الضمير اليه في قوله فاكتبوه
اذ لو لم يذكر لوجب ان يقال فاكتبوا الدين فلم يكن النظم بذلك الحسن كذا
في الشاهان **وفيه نظر** لجواز ان يقال اذا تداينتم الى اجل فاكتبوه بجعل
الضمير للمداينة المدلول عليه بقوله تداينتم او الدين المفهوم من تداينتم على نحو
اعدلوا هو اقرب للتقوى او للاجل المسمى المذكور **قوله** اذ المبيع هو المسلم فيه
ودليله ما روي انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا يدل
على ان السلم بيع ما ليس عنده ولا يكون كذلك الا وان يكون المبيع هو المسلم فيه
لان راس المال موجود عند التسليم وايضا الدراهم والدنانير يجعلان
راس المال وانهما لا يصلحان مبيعين فعلم ان المبيع هو المسلم فيه **فان قلت**
فكيف قيل في تعريف السلم هو اخذ عاجل باجل وانه ينبئ عن كون الاجل وهو
المسلم فيه ثمنا لدخول الباء التي تدخل على الاثمان عليه **اجيب** بان المسلم فيه وان كان
مبيعا وراس المال ثمنا في الحقيقة لكن للمسلم فيه شبهة بالثمن ولراس المال
بالمبيع على ما عرف فعرفوه بالتعريف المذكور اعتبارا للشبه **قوله** لان التصحيح
انما يجب في محل اوجبا العقد فيه يشكل بما اذا باع الخمر بالثوب حيث جعل
الخمر ثمنا تصحيحا للتصرف بقدر الامكان وقد مر في الكتاب فقد صحح العقد

بتغير المحل الذي اوجبا العقد فيه ويمكن ان يجاب انا لتصحيح بتغير المحل انما لا يجوز اذا
كان فيه تغيير لاصل التصرف كما في اسلام الثوب في الدراهم لان التصحيح فيه
بتغيير المحل بجعل السلم بيعا والبيع مع السلم تصرفان متغايران حتى يشترط للسلم
ما لا يشترط للبيع ويفسده ما لا يفسد البيع فلا يصح على وجه يتغير اصل التصرف
اما بيع الخمر بالثوب فتصحيحه بجعل الخمر ثمنا لا يغير اصل التصرف حيث يبقى
مقايضة كما كان ولا يبالي بتغير المحل انما يبالي به اذا تضمن تغيير اصل التصرف
كما في اسلام الثوب في الدراهم هذا ولكن من جعله بيعا فقد جعل اسلام
الثوب مثلا في الدراهم مجازا عن بيع الثوب به كان قال بعت منك هذا الثوب
بالدراهم فهما ما اوجبا العقد في الدراهم بل في الثوب من الابتداء لا بطريق
التغيير اذ التغيير بناء على حقيقة اللفظ لا على المجاز والمراد هو المجاز دون
الحقيقة **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة
والصنعة وفي الايضاح وانما جوز السلم في الثياب استحسانا لانها مصنوع
العباد والعبد يصنع بالالة فاذا اتحد الصانع والالة يتحد المصنوع
ولا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقليل التفاوت يتحمل في المعاملات
ولا يتحمل في الاستهلاك فان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو
استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان **قوله** فيصير مكيلا باصطلاحهما
قلت فيجب ان لا يجوز بيع كيلا منها بكيلين منه لانه بيع المكيل كيلا مع التفاضل
عند اتحاد الجنس **قوله** ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة وقد يشكل بان
الحيوانات تقسم عند اتحاد الجنس قسمة الجمع وعلله المصنف رح في كتاب
القسمة بان التفاوت في الحيوانات تقل عند اتحاد الجنس وقال هنا ان فيها
تفاوتا فاحشا فلا بد من التوفيق وبيان الفرق بين جواز القسمة في الحيوانات
وعدم جواز السلم فيها توضيحه انها ان كانت مما يتفاوت احاده تفاوتا
فاحشا كما اشار اليه هنا وجب ان لا يصح القسمة لعدم المعادلة وان كانت
مما لا يتفاوت احاده كما اشار اليه في القسمة يصح السلم لان التفاوت اليسير
متحمل فيه وجوابه ان السلم عرف جوازه بالنص بخلاف القياس والنص
اعني قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم ورد في المكيل
والموزون فلا يلحق به الا ما كان في معناهما كالثياب التي نسجت على منوال
واحد والحيوانات ليست في معناهما لان التفاوت فيها وان كان يقل
بالنسبة الى بني ادم حتى يكون الذكر والانثى من بني آدم جنسين ومن الحيوانات
جنسا واحدا فهو اكثر مما في الثياب المنسوجة على نسق واحد على ما لا يخفى

فلا يلحق بالمكيلات فبقي على القياس ولما كان التفاوت قليلا في الحيوانات
بالنظر الى ذاتها صحت القسمة فيها بالجمع لامكان المعادلة عند اتحاد الجنس
وقلة التفاوت فخرج الجواب وحصل التوفيق **قوله** او منقطعا فيما بين ذلك
وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين اشتراط الكمال في نصاب الزكوة
فانه تعتبر فيه اوله واخره ولا يشترط الكمال فيما بين ذلك وكذا درور الدم
في الحيض يشترط في اوله واخره لا فيما بين ذلك وكذا في تعليق الطلاق
حيث يشترط الملك في اوله واخره لا فيما بين ذلك والفرق ان اشتراط
الكمال في النصاب جميع السنة يشق اعتباره لانه مدة مديدة والسوايم في الفيافي
في معرض التلف وكما تزداد بالتوالد تنتقص باسباب تؤدي الى التلف
ولا يمكن للمالك ان يطلع على كميتها كل ساعة وكذا الدراهم والدنانير قد تنتقص
بالقلب والتصرف فيه ويعسر عدها ساعة فساعة فشق اعتبار الكمال
في اثناء الحول فاعتبر الاول والاخر وكذا في مسئلة الحيض تعذر اعتبار
الدرور في جميع المدة لانها لا تدر جميع المدة عادة بل تدر مرة وتنقطع اخرى
فاعتبرنا الاول والاخر واما مسئلة التعليق فالملك انما يشترط عند التعليق
فيما لا يتيقن بوجود الملك عند وجود الشرط ليصير الجزاء غالب الوقوع
عند وجود الشرط فيفيد التعليق فائدته من حمل او منع وعند وجود الشرط
لينزل الجزاء ولا وجه لاشتراطه فيما بين ذلك وفي مسئلتنا الموجب
لاشتراط القدرة فيما بين العقد والمحل موجود وهو احتمال وجوب التسليم
فيما بين ذلك بان يصير السلم حالا بموت المسلم اليه ولا تعذر في اشتراط
القدرة على التسليم فيما بين العقد والمحل فلا بد من اعتباره **قوله** وقال
الشافعي رح يجوز اذا كان موجودا وقت المحل سواء كان موجودا عند العقد
او لم يكن وسواء كان منقطعا فيما بين ذلك او لم يكن **قوله** ولا خير في السلم
المجتهد اذا استنبط حكما بالراي فان كان عدم الجواز يقول لا خير وان كان
الجواز يقول لا باس رعاية للادب وتحرزا عن القطع في احكام الشرع بالراي
كذا في الشاهان **وفيه نظر** لا خير ينفي الجنس مبالغة في نفي الجواز فكان
اقوى من قوله لا يجوز في نفي الجواز فلا يكون فيه التحرز عن القطع **قوله** ولانه
انه مجهول التفاوت وفي الذخيرة قال بعت منه عرضا بكذا وكذا منا من اللحم
وبين اوصافه وموضعه صح دعواه بناء على ان المكيل والموزون اذا قوبل بعرض
واستعمل استعمال الثمن فهو ثمن وهو مشكل عندي هنا لفظه ووجه الاشكال
والله اعلم ان اللحم ان كان مما يعلم بالوصف وجب ان يصح السلم والا وجب
ان لا يصح جعله ثمنا ايضا وينبغي ان لا يصح دعواه بجهة الثمنية ايضا الا ان يقال

بان هذا الجواب محمول على قول ابى يوسف ومحمد رح لان اللحم يصير معلوما
ببيان الوصف والموضع عندهما **قوله** والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض
وبعد التسليم فالمثل اعدل يعنى ولئن سلمنا فالتضمين بالمثل لا لانعدام التفاوت
بل لان التضمين بالمثل اعدل منه بالقيمة لانه تضمين بما يماثله صورة ومعنى
مع نوع تفاوت والقيمة لا يماثله من حيث الصورة اصلا كذا فى الشاهان
وفيه نظر لما ذكرنا من الايضاح ان قليل التفاوت يتحمل فى المعاملات
لا فى الاستهلاكات حتى لو اسلم فى الثياب يجوز ولو استهلك ثوبا واتى بثوب
يساويه فى الذرع والصفة والصنعة لم يجبر على القبول فينبغى ان يجوز السلم
فى اللحوم اهدارا للتفاوت اليسير فى المعاملات كما فى الاسلام فى الثوب
وان تضمن بالقيمة دون المثل اعتبارا للتفاوت اليسير فى الاستهلاكات
كما فى استهلاك الثوب فقوله وبعد التسليم فالمثل اعدل مشكل الا ان يقال
التفاوت اليسير فى الثياب يوجب اختلاف القيمة فالثوبان يختلفان فى القيمة
عرفا عند التفاوت اليسير وهما لا يخلوان من التفاوت اليسير ابدا ولا يضمن
الثوب بالمثل لما فيه من احتمال نقصان حق المالك فى المالية المقصودة به
ورعاية الصورة على وجه يتوهم نقصان اصل الحق وهو المالية لا يجوز لانها
تبع فلا تراعى الا بعد رعاية الاصل وحيث تعذر رعاية الاصل عند رعاية
الصورة يترك رعايتها واما اللحوم فالتفاوت اليسير فيها لا يوجب تفاوتا
فى القيمة اذ هى تباع بقيمة واحدة الا عند التفاوت الفاحش فكان التضمين
بمثله اعدل لان فيه رعاية حق المالك فى المالية والصورة ثم التفاوت
فيها ان كان يسيرا فهو اكثر مما فى الثياب لوجود ما يوجب التفاوت وهو
اختلاف الفصول اما الثياب فمصنوع العباد وقلما يتفاوت الثوبان
اذا نسجا على منوال واحد فكان الثياب فى معنى المكيل وقد مست الحاجة
الى السلم فيها فيلحق به فى جواز السلم واللحوم ليست فى معناه والحاجة الى الاسلام
فيها ليست بماسة فلا تلحق به **قوله** ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض
يعنى ان التفاوت فى اللحوم تقل بمعاينتها عند القبض فيصير كالمثلى فيصح الاستقراض
فان قلت فيجب ان يصح استقراض الثوب بالطريق الاولى لان التفاوت
فيها قليل وبالمعاينة تصير اقل **اجيب** بان الاقراض عارية وحكمها رد العين
غير انا اقمنا المثل صورة ومعنى مقام العين والتفاوت فى الثياب وان كان
اقل فهو يوجب التفاوت فى القيمة عرفا ومع التفاوت فى القيمة التى هى المقصودة
لا يمكن اقامة المثل مقام العين فبطل استقراضها بخلاف اللحوم فانها لا تتفاوت
قيمة وما فى صورتها من التفاوت اليسير فيزول بالمعاينة عند القبض فيلتحق

بالمثلى فى الاستقراض **قوله** لاطلاق الحديث ورخص فى السلم قلنا نعم
فى السلم ولكن السلم هو بيع مضبوط الوصف فى الذمة الى اجل لقوله عليه السلام
من اسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم اى من اراد السلم المشروع
فليسلم فيما يمكن ضبطه بالوصف الى اجل معلوم ليتحقق السلم المشروع وقد اجيب
عن الحديث فى الكافى بان ما روى حكاية حال ولا عموم له وقد اريد به السلم
المؤجل اجماعا فلم يرد غيره لئلا يتعمم وانه مشكل لظهور ان قول الراوى رخص
فى السلم ليس بحكاية لفعل الرسول على معنى انه عليه السلام اسلم حتى لا يحتمل
التعميم والاطلاق لوجوب صدور الفعل على كيفية خاصة من التاجيل
او الحلول بل هو حكاية قوله اذ معنى قوله رخص قال السلم مباح او قال
اسلموا او نحو ذلك مما يدل على اباحة السلم ولا شك ان قول النبى صلى الله
عليه وسلم يحتمل الاطلاق والتعميم وقد حكى الراوى الرخصة التى ثبتت
بالقول مطلقا فيثبت كذلك لا يقال جاز ان يكون الراوى قد فهم الترخص
بفعل النبى صلى الله عليه وسلم فان فعله عليه السلام ايضا يوجب الاباحة
عندنا لانا نقول لو كانت الرخصة بالفعل لما حكاه مطلقا بل يجب عليه
ان يقيده بالوجه الذى فعله اذ الفعل لا يكون الا بوجه خاص فحيث
حكى الرخصة مطلقا علم انه فهم الرخصة من قوله عليه السلام لا من فعله
وقوله يحتمل العموم والاطلاق والله اعلم **قوله** ولانه شرع رخصة دفعا
لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم يعنى شرط
البيع القدرة على التسليم لكن اشتراط القدرة الحقيقية متعذر لانه
عقد المفاليس شرع لدفع حاجتهم ولا قدرة مع الافلاس ولما تعذر اشتراط
القدرة الحقيقية وامكن ان يشترط القدرة الاعتبارية وهو الاجل
لكونه ممكنا من التحصيل الموجب للقدرة شرطناه عملا بالدليل الموجب
لاشتراط القدرة بقدر الامكان **قوله** ولو كان قادرا على التسليم
لم يوجد المرخص يعنى المرخص لعقد السلم انما هو العجز عن التسليم لانه شرع
لحاجة المفاليس والعجز مبطن لا يوقف عليه فاقيم الاجل الذى هو دليل العجز
والافلاس مكانه فيدور العقد مع الاجل وجودا وعدما **قوله** ولا يصح
عند ابى حنيفة رضى الله عنه الا بسبع شرايط وقد يقال بل لا يصح الا بتسعة
هذه السبعة والثامن تعجيل راس المال والتاسع القدرة على تحصيل المسلم فيه
بان لا يكون منقطعا وقت العقد ووقت المحل وفيما بين ذلك فلا وجه
للتخصيص بالسبع **وجوابه** ان المقصود بيان الشرايط القولية التى يجب
ذكرها فى العقد وانها سبع ليس الا بخلاف تعجيل راس المال والقدرة على التحصيل

شرايط

فانهما لا يتعلقان بالذكر بل هما من الشرايط الفعلية **قوله** سقية او نخسية
السقى ما يسقى سيحا والسيح رفتن آب واب روان والنخس خلاف السقى
منسوب الى النخس في الصراح نخس زمينى كه بى آب دادن برويانند **قوله**
والاصل فيه اى في اشتراط هذه الشرايط ما روينا من قوله عليه السلام
من اسلم فليسلم الى آخره فهذا النص بعبارته يدل على اشتراط معلومية القدر
والاجل ومعلومية الجنس والنوع والصفة بالدلالة لانه ما شرط معلومية
القدر والاجل الا للاحتراز عن الجهالة المفضية الى المنازعة وكل جهالة
يفضى الى المنازعة يجب الاحتراز عنها ايضا وجهالة النوع والجنس والصفة
لذلك فيجب ان يحترز عنها باشتراط اعلامها واثر الدلالة في تعميم العبارة
اى من اسلم فليسلم على وجه لا يفضى الى المنازعة **قوله** فلو لم يعلم مقداره
فان قيل فيه اعتبار شبهة الشبهة لانه يحتمل ان لا يجد زيوفا وهو الظاهر
وبعد الوجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في المجلس محتمل والمعتبر
هو الشبهة دون النازلة عنها **قلنا** هذه شبهة واحدة لان كلا منهما
مبنى على وجوده زيفا كذا في الشرح **وفيه نظر** لما عرف ان اعيان التركة
اذا كانت غير معلومة وصالحوا مع احد الورثة على مكيل وموزون فالصلح
جايز في الصحيح من الرواية وان كان فيه احتمال الربوا ولكن لما كان الاحتمال
الاحتمال بان لا يكون نصيبه في التركة من جنس بدل الصلح وان كان
يحتمل ان يكون اكثر من بدل الصلح او اقل لم يعتبر ولا يخفى ان الشبهة
في هذه المسئلة كهى في مسئلة الصلح فظهر ان بناء الاحتمال على واحد
لا يخرج الشبهة عن عدم الاحتمال الا ان يقال لجواز الصلح مع بناء الاحتمال
على واحد بناء على ان الصلح متى تردد بين الجواز والفساد يحكم بالجواز
صرح به في الذخيرة وذلك لان الصلح في الاصل لدفع الخصومة والمنازعة
وهما يفضيان الى التفاوت فما كان مفضيا الى ارتفاعهما كان واجب
التصحيح ما امكن بخلاف العقود الاخر وقد يقال ان الشبهة النازلة معتبرة
في السلم لشرعه مع المنافى وان كانت لا تعتبر في غيره **قوله** والموهوم في هذا
اى باب السلم كالمتحقق يريد به الفرق بين السلم والبيع وتوضيحه ان الحاجة
الى رد رأس المال في السلم ورد الثمن في البيع موهومة ولكن الموهوم
النادر في البيع غير معتبر وفي السلم معتبر لشرعه مع المنافى بخلاف البيع
ولكن يشكل الفرق بين السلم والمضاربة فان الاشارة الى رأس مال المضاربة
من غير ان يعلم بمقداره كافية نص بذلك في الكافى مع القطع بان الحاجة
الى فرز رأس المال عند الرد والقسمة ماسة لا يخلو المضاربة عنها اصلا

فيحتاج

فيحتاج فيه الى معرفة مقداره لئلا يفضى الى المنازعة غالبا فيجب ان يشترط
تسمية رأس المال في المضاربة عند الكل لان ابا يوسف ومحمدا انما لم يشترطا
تسمية الثمن في البيع ورأس المال في السلم لندرة الحاجة الى رده فيهما والحاجة
الى رد رأس المال وافرازه عند القسمة في المضاربة ماسة لا ينفك العقد
عنه اصلا فيجب ان يشترط تسميته عند الكل **قوله** لا يتعلق العقد على مقداره
لا في القبض ولا في الرد بخلاف ما اذا اسلم حنطة مشارا اليها مجازفة فانه
وان كان لا يتعلق العقد بمقداره قبضا فهو متعلق بمقداره ردا بعد فسخ
السلم اذ المكيل لا يتعين في الرد وان كان يتعين بالاشارة في القبض اما الثوب
فيتعين في الرد ايضا **فان قلت** ربما يهلك الثوب فيقع المنازعة في القيمة
بحسب الاختلاف في الذرع **اجيب** بان رد القيمة ليس من موجبات العقد
بل هو بضرورة تعذر رد رأس المال والا فالواجب هو رد عين رأس المال
عند الفسخ وتسليم عين المسلم فيه عند عدمه **قوله** لانه لا يختلف قيمته يعنى
باختلاف المكان وهو مشكل لانا نشاهد ان قيمة ما لا حمل له ولا مؤنة
كالمسك يختلف باختلاف الامكنة اذ الموجب للاختلاف موجود في حقه
وهو قلة الاعيان وكثرة الرغاب وبالعكس وليس الخبر كالمعاينة فكانه اراد انه
لا يختلف قيمته باختلاف المكان باعتبار ضم اجرة الحمل فلا مضرة على رب
السلم في اى مكان يوفيه اليه نعم يشكل بانه ان كان لا يحتاج فيه الى اجرة
الحمل لخطر الطريق فيه متحقق فيقع النزاع في مكان الايفاء لاسقاط خطره
قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال الخ **قلت** ذكر في خزانة الفقه
رجل باع من آخر عبدا بثوب موصوف في الذمة فان لم يضرب للثوب اجلا
لا يجوز لان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما والاجل شرط وان ضرب
للثوب اجلا جاز لانه وجد شرط جواز السلم ولو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل
العقد لان هذا العقد اعتبر سلما في حق الثوب بيعا في حق العبد ويجوز
ان يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض هذا كلامه والله اعلم
بالصواب **قوله** وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل **فان قلت**
نعم ولكن التعجيل لا يحتاج الى قبضه قبل افتراق الابدان بل يتحقق السلم
فيما دون الشهر لان دونه عاجل حتى لو حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه
فيما دون الشهر بر في يمينه **اجيب** بانه لما كان عبارة عن اخذ عاجل باجل
والاصل في كل شئ هو الكامل وكمال التعجيل بالتسليم قبل الافتراق وكمال
التاجيل بالتاخير الى شهر فاعتبر الكمال في كل منهما في السلم لشرعه مع المنافى
نعم يشكل بان السلم متى كان عبارة عن اخذ عاجل باجل وجب ان لا يجنث

فيما اذا حلف لا يسلم فباع مكيلا او موزونا فى الذمة بلا اجل واخذ منه درهم
او دنانير والمسئلة بخلافه فانه لا يحنث بالمؤجل كما يحنث بالحال ايضا **قوله**
مائة منها دين على المسلم اليه انما قال على المسلم اليه لان الدين لو كان على ثالث
يشيع الفساد لانها ليست بمال فى حقهما **قوله** ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
البيع الخ اذ كانا يعلمان عدم الدين فح كان فاسدا لانه بيع بلا ثمن **قوله** فالسلم
فى حصة الدين باطل لفوات القبض وهنا بحث وهو انه ذكر فى الكافى
فى كتاب الاجارة انه لو آجر شيئا بثياب فى الذمة يشترط فيه جميع شرائط السلم
من بيان الاجل وبيان القدر والجنس لان وجوب الثياب دينا فى الذمة
عرف شرعا بخلاف القياس والشرع انما ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرائط
السلم وهذا منه اشارة الى المنفعة التى يرد عليها عقد الاجارة يصلح رأس مال
فى السلم وعلى ما ذكروا هنا من ان الدين الذى على المسلم اليه لا يصلح رأس
مال السلم لفوات القبض يجب ان لا يصلح المنفعة ايضا رأس مال السلم لانهم
جعلوا المنافع المعدومة فى حكم الدين حتى لو آجر السكنى بالسكنى لم يجز لانه
كدين بدين ومتى كانت المنافع فى حكم الدين لزم ان لا يصح السلم فى الثياب
بمقابلها كما لا يصح السلم بالدين لان كلا من المنافع والدين لا يحتمل القبض
فى المجلس والله اعلم بالصواب **قوله** اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
وفيه بحث لان الاستبدال ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض بحكم الاقالة
جائز اجماعا مع ان فيه تفويت القبض المستحق اذ التقابض فى اقالة الصرف
شرط بالاجماع الا ان يقال اقالة الصرف صرف من وجه وفسخ من وجه
فاكتفى فيها بالقبض الاعتبارى وهو قبض عوض البدل اذ قبض العوض فى حكم
قبض المعوض بخلاف عقد الصرف والسلم لوجود ما يوجب اشتراط القبض
من كل وجه فلا يكتفى فيه بالقبض الاعتبارى وهو قبض العوض لانه قبض
من وجه دون وجه **قوله** والتصرف فى المبيع قبل القبض لا يجوز **قلت**
نعم لكن لمعنى الغرر على اعتبار الهلاك على ما مر ولا غرر فى التصرف فى المسلم
فيه بان اشترى منه شيئا وذلك ظاهر الا ان يقال المسلم فيه فى حكم عين
منقول والغرر فى المبيع المنقول متحقق فى الاعم والاغلب وعدمه فى التصرف
فى المسلم فيه بعارض الدينية الحقيقية نادر بالنسبة الى جنس المنقول
والاحكام تبتنى على الاعم لا على النادر **قوله** ولانه اخذ شبها بالمبيع
لان الاقالة بيع جديد فى حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه
والمبيع مما يجب بالعقد وهذا ما يسقط فلا يكون مبيعا فجعل رأس المال
مبيعا لانه دين مثله ولو لم يجعل مبيعا يبطل الاقالة الا يرى انهما لو تقايلا

فى البيع

فى البيع وهلاك المبيع بعد الاقالة قبل القبض تبطل وهنا لما تقايلا وسقط
المسلم فيه صار كالهالك فكان ينبغى ان لا يصح الاقالة وهى صحيحة ولا ذلك
الا ببقاء المبيع وذلك بجعل رأس المال مبيعا كما فى الشاهان **وهنا بحث**
اما اولا فلان صحة الاقالة لو كانت مبنية على جعل المال مبيعا لما صحت بعد
هلاكه كما فى البيع وهى صحيحة **وجوابه** ان رأس المال اذا كان مما يتعين
فهو انما يهلك اذا مات المسلم اليه مفلسا لانه ح دين وهلاك الدين بموت
المديون مفلسا ولا ريب ان المسلم اليه اذا مات مفلسا فلا يصح الاقالة وان كان
مما يتعين فهو اذا هلك تقوم قيمته مقامه فيمكن ان يجعل قيمته مبيعا تصحيحا
للاقالة ولكن انما يستقيم ان لو وجبت قيمة رأس المال العين قبل الاقالة حتى يقع
الاقالة عليه ولكن المصنف اشار فيما بعد الى ان القيمة انما تجب بعد الاقالة
حيث قال ومن اسلم جارية فى كر حنطة وقبضها ثم ماتت الجارية وتقايلا بعد هلاكها
جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم
المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا انفسخ العقد
فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها هذا
كلامه وفيه اشارة الى ان القيمة انما تجب بعد الاقالة لان وجوبها تابعة لوجوب
تسليم عينها وتسليمها انما يجب بعد الاقالة فكذا القيمة التى وجوبها تابع لوجوب
تسليمها **وجوابه** ان وجوب القيمة بالاقالة يوجب صحتها ولا يستدعى صحتها
الى تحقق وجوب القيمة قبلها الا يرى ان رأس المال اذا كان مما لا يتعين انما يجب
على المسلم اليه بعد الاقالة وانه مصحح لها فكذا وجوب القيمة فيما اذا كان رأس المال
عينا يكون مصححا لها لا منافيا وذلك ان رأس المال انما يجعل مبيعا ليتحقق معنى
فيها وثبوت المبيع فى ملك البايع من احكام الاقالة المتأخرة عنها دون الشرائط
المتقدمة عليها ووجوب رأس المال او قيمته كثبوت ملك المبيع هنا وفى الذخيرة
فى الفصل السادس من كتاب الصلح ان المسلم فيه وان كان دينا فقد اعطى له حكم العين
وانما جعل دينا فى انه يقبل الاجل وانه يسقط بالابراء وفيما عدا هذين الحكمين
فله حكم العين فهلاك ما يقابله من العوض لا يمنع الاقالة ابتداء ولا بقاء كما
لو اشترى عرضا بعرض وهلك احدهما لا يمنع الاقالة ابتداء ولو هلك بعد الاقالة
لا يمنع بقاءها واما ثانيا فلان التصرف فى المبيع بعد الاقالة قبل القبض
بحكمها جائز حتى لو اشترى عبدا وتقابضا ثم تقايلا ثم باع من المشترى قبل
ان يقبضه صح فاذا جاز التصرف فيما هو مبيع حقيقة فلان يجوز فى رأس المال
بان يشترى من المسلم اليه به شيئا وهو مبيع حكما اولى **وجوابه** ان قوله
ولانه اخذ الخ دليل على حرمة التصرف مع غير المسلم اليه بان اشترى به شيئا

من غير المسلم اليه اما الشرى به من المسلم اليه فانما يحرم بالنص فان قلت جعل
هذا دليلا على حرمة التصرف مع المسلم اليه حيث قال فى وضع المسئلة لم يكن له ان
يشترى من المسلم اليه شيئا على ان الشراء براس المال من غير المسلم اليه انما لا يجوز
لانه شراء بدين على غير البايع وانه لا يجوز لان الدين ليس بمال فى حقهما الا لانه
تصرف فى المبيع قبل القبض اجيب بالتزام ان المراد بقوله لم يكن له ان يشترى
من المسلم اليه شيئا هو حرمة التصرف فيه بطريق عموم المجاز ويجوز ان يثبت
حرمة الشراء براس المال من غير المسلم اليه بانه شراء بدين على غير البايع وبانه
تصرف فى المبيع قبل قبضه واما ثالثا فلانهم اجمعوا على ان الاستبدال
ببدل الصرف بعد الاقالة قبل القبض جايز مع ان بدل الصرف اقوى فى كونه
مبيعا من راس المال وجوابه يخرج من جواب الشبهة الثانية واما رابعا
فلانهم صرحوا بان الاقالة فى السلم فسخ من كل وجه وليس ببيع لان رب السلم
لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع
وذكر هنا ان اقالة السلم فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق غيرهما
كالاقالة فى ساير البيوع وصرحوا ايضا بان الاقالة فى السلم لا يحتمل الفسخ
حتى لو اختلفا بعد الاقالة فى راس المال فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان
لان التحالف شرع للفسخ واقالة السلم لا يحتمله لان المسلم فيه يسقط بالاقالة
فلو انفسخت كان حكمها عود المسلم فيه والساقط لا يعود واما الاقالة فى البيع
فحكمها عود المبيع الى البايع فاذا انفسخت الاقالة يعود الى ملك المشترى والعين
مما يحتمل العود كما ذكر فى التحالف فلو كانت صحة الاقالة فى السلم باعتبار
جعل راس المال مبيعا لكانت الاقالة فيه اثباتا للمبيع لا اسقاطا كالاقالة
فى ساير البيوع اذ راس المال يثبت بالاقالة ولا يسقط به واما المسلم فيه
فسقوطه لا يضر لانه ليس بمبيع فى حق الاقالة بل هو كالثمن وسقوط الثمن
بالاقالة لا ينافى فسخها فكذا سقوط المسلم فيه الذى هو كالثمن فى حق الاقالة
وغاية ما يمكن ان يقال ان اقالة السلم اسقاط فى الحقيقة الا انه جعل راس المال
مبيعا تصحيحا للاقالة فيبقى فيما وراءه اسقاطا محضا فلا يحتمل الفسخ واما
خامسا فلما سبق ان كون الاقالة بيعا فى حق الثالث امر ضرورى لانه يثبت
به مثل حكم البيع لا مقتضى الصيغة فاذا كان امرا ضروريا لا مقتضى الصيغة
ينبغى ان لا يتحمل فى اثباته بعد ما تحقق مقتضى صيغته وهو الفسخ بل يجب
ان يحكم بكونه بيعا فى حق الثالث اذا ثبت به مثل حكم البيع وفسخا محضا ان
لم يثبت فاما التكلف لاثباته بان يجعل غير المبيع مبيعا مع تحقق مقتضى صيغته
على الكمال فلا حاجة اليه وجوابه ان الاقالة ان كانت فسخا بمقتضى صيغته

فهذا

فهذا الفسخ مشروع لاعادة المبيع الى ملك البايع حتى ينفسخ بهلاكه قبل القبض
ومن ضرورة الاعادة كونه بيعا فى حق الغير فكان اعادة المبيع الى ملك البايع وكونه
بيعا فى حق الثالث لازمان للاقالة فحيث تعذرت الاعادة وكونه بيعا فى حق
الثالث تعذرت الاقالة ايضا لان ثبوت الشى بدون لوازمه واقالة السلم
جايزة ولا اعادة فيها فجعلنا راس المال مبيعا تحقيقا لما هو من لوازم الاقالة
من اعادة المبيع الى ملك البايع وكونه بيعا فى حق الثالث واما سادسا فلان
راس المال ان اخذ شبها بالمبيع فحرمة التصرف فى المبيع قبل القبض لمعنى الغرر
حتى لا يحرم التصرف الذى لا يفسد بالغرر كالاعتاق ولا غرر فى شراء شى
براس المال اما اذا كان من الاثمان فلانه لا يتعين واما اذا كان عرضا
فلان الاقالة فى السلم لا يحتمل الانفساخ حتى يظهر فى الاخرة انه تصرف
فى ملك غيره وجوابه ان الاقالة فى السلم ان كان لا يحتمل الفسخ ففيما اذا
اسلم عرضا فى كر حنطة يحتمل ان يكون اقالة على قيمته بان هلك العرض قبل القبض
فيظهر فى الاخرة انه لم يملك العرض بالاقالة فاذا اشترى به شيئا كان فيه
غرر الانفساخ لاحتمال ان يهلك العرض قبل القبض فينتقل الاقالة منه الى قيمته
يوم القبض فيظهر انه تصرف فى غير ملكه ولا يعنى بالغرر سوى هذا واما سابعا
فلانه لا يمكن ان يجعل راس المال مبيعا فيما اذا كان من الدراهم والدنانير لما
عرف ان الاثمان لا تصلح مبيعا حتى لا يجوز السلم فيها بان يسلم حنطة فى الدراهم
او الدنانير وقد مر وجوابه ان الاثمان انما لا يصلح جعله مبيعا اذا لم يتحقق
الضرورة اليه اما اذا تحققت بان دل الدليل على صحة التصرف وكانت صحته
مبنية على جعل الاثمان مبيعا فيصح حينئذ ان يجعل مبيعا الا يرى انه يجعل
كل من بدلى الصرف مبيعا ضرورة ان الصرف بيع جايز بالاجماع ولا بد للبيع
من مبيع وليس احدهما اولى من الاخر فجعل كل مبيعا وقد تحققت الضرورة فى اقالة
السلم ايضا لانها صحيحة ولا وجه لصحتها سوى جعل راس المال مبيعا لما ان
الاقالة بيع جديد فى حق الثالث فلا بد له من مبيع ولا يمكن جعل المسلم فيه
مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا اما لو اسلم حنطة فى الدراهم او الدنانير
فلا ضرورة ثمه الى جعل الاثمان مبيعا لعدم الدليل على صحة هذا التصرف من نص
واجماع فبقى على اصل القياس واما ثامنا فلان الشبه بالمبيع لا يوجب
حرمة التصرف فيه الا يرى ان بدل الكتابة له شبه بالمبيع من حيث ان العجز عنه
يوجب حق الفسخ كالعجز عن المبيع بخلاف الثمن فان العجز عنه لا يوجب حق الفسخ
مع ان الاستبدال ببدل الكتابة جايز قوله لانه دين مثله انما اعتبر المماثلة
فى الدينية مع ان العين اقرب الى جعله مبيعا اذ العينية اصل فى المبيع

لان اقالة السلم فى حق الثالث فى حكم السلم المبتداء وعينية المبيع فى السلم
مفسدة للسلم فكذا فى اقالته يجب ان يكون المبيع دينا فاعتبر المماثلة فى لربنية
ليصلح جعله مبيعا فى اقالة السلم الذى هو فى حكم السلم الذى يجب ان يكون
المبيع فيه دينا **فان قلت** فما تقول فيما اذا كان راس المال عرضا معينا **اجيب**
بانه ان كان هالكا فالاقالة تكون على قيمته وانه دين مثل المسلم فيه وان
كان قايما فهو مضمون عليه بعد الاقالة بالقيمة فكان فى حكم الدين ثم
قد بينا قبض فى المماثلة فيما اذا كان راس المال من الاثمان فبان كر الحنطة مثلا
يصلح مبيعا حتى يصح السلم فيه اما الاثمان فلا يصلح مبيعا حتى لا يجوز السلم
فيها فلا مماثلة **قوله** الا انه لا يجب قبضه فى المجلس جواب شبهة وهى انه
لما كانت الاقالة بيعا جديدا وكانت اقالة السلم بمنزلة بيع السلم وكان
قبض راس المال فى مجلس السلم شرطا فيجب ان يكون قبض راس المال بعد الاقالة
فى مجلس الاقالة شرطا قياسا لحكم الانتهاء بالابتداء فاجاب بان الاقالة
فى كونه بيعا ليس كابتداء السلم لانه بيع فى حق الكل وهذا فسخ فى حق المتعاقدين
وليس من ضرورة اشتراط القبض فى البيع من كل وجه اشتراطه فى البيع
من وجه كذا فى الشرح **وفيه نظر** لما عرف ان التقابض فى بدلى الصرف
واجب بعد الاقالة لان التقابض حق الشرع والاقالة فى حقه بيع جديد
وكما ان اقالة الصرف بيع جديد فى حق الشرع كذلك اقالة السلم كانه بيع
راس المال من رب السلم بالمسلم فيه فينبغى ان يشترط قبضه فى المجلس لئلا يكون
افتراقا عن دين بدين واما قوله ليس فى حكم الابتداء من كل وجه قلنا
اقالة الصرف ايضا ليس فى حكم الابتداء من كل وجه مع ان التقابض شرط فيها
فالاظهر ان يقال كان ينبغى ان يشترط قبضه فى المجلس تحرزا عن الكالى بالكالى
لانه بيع فى حق الثالث كانه بيع راس المال بالمسلم فيه الا ان معنى البيع
هنا احتيالى يثبت بجعل غير المبيع مبيعا تصحيحا للاقالة فلا يظهر الا فى حق
التصحيح وكان فيما وراءه فسخا محضا حتى لا يحتمل الرفع والابطال فلا يشترط
قبضه فى المجلس **قوله** لانه ليس فى حكم الابتداء من كل وجه اى لا فى حق المتعاقدين
ولا فى حق غيرهما اما اقالة الصرف فهى ان لم يكن فى حكم الابتداء فى حقهما
فهى فى حكم فى حق غيرهما من كل وجه لان معنى البيع فيه ليس باحتيالى بخلافه
هنا وتحقيقه ان معنى البيع فى السلم فى حق غير المتعاقدين لما كان احتياليا
حاصلا بجعل راس المال مبيعا كان بيعا فى حق الثالث من وجه ولو كان
بيعا فى حقه من كل وجه لكان شبهة الكالى بالكالى فلما كان بيعا فى حقه
من وجه تنزلت فيه شبهة الكالى بالكالى الى شبهة الشبهة والاحتراز عن شبهة تحرم

ان كان

ان كان واجبا فعن شبهة الشبهة غير واجب هذا ولكن لقائل ان يقول
فعلى هذا يجب ان لا يحرم التصرف فيه قبل القبض ايضا لانه لو كان بيعا فى حق
الثالث من كل وجه لكان التصرف فى راس المال قبل القبض تصرفا فى ما له شبهة كونه
مبيعا فلما كان معنى البيع فيه فى حق الثالث احتياليا كان بيعا فى حقه من وجه
فكان التصرف فيه قبل القبض تصرفا فيما له شبهة شبهة كونه مبيعا والشبهة
النازلة غير معتبرة **قوله** لم يكن قضاء الخ **قلت** قد اشار فيما تقدم الى ان الكيل
انما يشترط لحل التصرف فى المشترى مكايلة او موازنة لا لصحة القبض واشار
هنا الى انه شرط لصحة القبض وتحقق القضاء والله اعلم ثم قد يشكل بان
الكر المشترى يدخل فى ملك المسلم اليه بنفس الشرى ورب السلم قد ظفر بجنس حقه
من مال المديون والداين اذا ظفر بجنس حقه من مال المديون فقبضه صح اقتضاء
وصار مستوفيا نعم لبايع الكر ان لا يمكنه من قبضه بغير وكالة من المشترى
ولكن لو سامح وسلمه اليه وجب ان يصير مقتضيا ولو حمل قوله لم يكن قضاء على نفى
حق الجبر اى لم يكن لرب السلم ان يجبر بايع الكر على تسليمه اليه بغير توكيل من قبل
المسلم اليه الذى اشترى الكر لم يكن ح فرق بين ما اذا كان الكر سلما وبين
ما اذا كان قرضا لانتفاء الجبر على تسليم الكر اليه بغير التوكيل فى الصورتين
الا ان المطلوب هو الفرق بين السلم والقرض فى اشتراط الكيلين لا فى اصل
المسئلة ويمكن ان يكون معنى المسئلة نفى حل القضاء اى لم يحل المشترى الكر ان يقضى
ما عليه بالكر المشترى بشرط الكيل قبل الكيل لحرمة التصرف فى المشترى كيلا
قبل ان يكيله **قوله** وهو محمل الحديث وانما حمل على هذا لان اشتراط الصاعين
انما هو لقطع احتمال الاختلاط بالزيادة التى هى حق البايع حتى لا يشترط
الكيل اذا اشترى مجازفة ولا شك ان هذا الاحتمال يندفع بكيل البايع
بحضرة المشترى فلا حاجة الى كيل اخر فلا بد وان يحمل الحديث على اجتماع
الصفقتين ليفيد واذا اجتمعتا بشرط الكيل لا بد من الكيلين لكل صفقة
كيل اذ الكيل فى كل منهما معدوم بالنسبة الى الاخرى ولقائل ان يقول
ان الصاعين فى الحديث مفسران بصاع البايع وصاع المشترى وفى مسئلة
السلم كل من الصاعين صاع المشترى اذ الصاع الاول من قبل المسلم اليه
وانه مشتر للكر والثانى من قبل رب السلم وانه مشتر ايضا لان قبض المسلم
اليه بمنزلة شرائه من المسلم اليه كما ذكر تحقيقه فى الكتاب **قوله** والسلم
وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق ويقال السلم وان كان سابقا
فالتسليم والتسلم بحكمه متحقق فى الحال والكيل من متممات تمامهما فلا يعتبر به
الا عند تحققهما فسبق السلم لا ينافى وجوب الكيل بل يوجبه عند التسليم

او التسليم لانه بيع مكيل مكايلة او موزون موازنة فيجب فيه الكيل احترازا
عن الزيادة فلا حاجة الى اعتبار القبض بيعا ابتدائيا لوجوب كيل اخر
بل يكفيه ما سبق من السلم الا يرى انه لو كال المسلم اليه المسلم فيه بحضور
رب السلم بعد حلول الاجل وسلمه الى رب المسلم فقبضه لا يجب عليه
كيل آخر ولو كان قبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لزم ان لا يكتفى بكيل
المسلم اليه بحضور رب السلم قبل قبضه لعدم اعتبار الكيل قبل البيع
وحيث اعتبر هنا علم ان الكيل هنا ليس الا للسلم ولا عبرة لقبضه في حق
وجوب الكيل **قوله** وانه بمنزلة ابتداء البيع **قلت** ان اراد انه بمنزلة
بيع العين براس المال لا بيعه بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه يشكل
بما ذكر في الكافي انه لو قبض البر المسلم اليه مع العيب الحادث عاد السلم
لانتقاض القبض وان ابى فله ذلك لحدوث عيب آخر ولا شيء عليه لانه
وجب في ذمة رب السلم مثل ما قبض ثم صار قصاصا بما له عليه فلو اخذ
بالعيب شيئا اخر لصار المثل بالمثل والفضل ربوا وقال ابو يوسف رح ان ابى
ان يقبله معيبا رد عليه ما قبض ورجع عليه بما شرط كما هو اصله في قبض الزيوف
مكان الجياد وقال محمد رح ان ابى ان يقبله رجع عليه بقدر النقصان من راس المال
لانه منع عنه بعض المبيع فيرجع بنقصان الثمن هذا لفظه فلو كان قبض المسلم فيه
في حكم الشراء براس المال وجب ان يرجع بنقصان العيب اذا حدث في يد رب السلم
عيب اخر لانه لا يجب للمسلم اليه في ذمة القابض مثل المقبوض وانما يجب مثل
المقبوض في ذمته ان لو جعل ذلك شراء بما في ذمة المسلم اليه من الطعام
وايضا لو اسلم في ثوب وسط فاتاه المسلم اليه بثوب جيد فقال خذ هذا
وزدني درهما او جاء بثوب ردي فقال خذ هذا وارد عليك درهما
جاز في الوجه الاول دون الثاني وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه جايز
في الوجهين ولو كان السلم في الحنطة وجاء باجود او اردى على ان يزيد درهما
او يرد درهما لم يجز في الوجهين قال ابو يوسف قلت ايش الفرق قال لان
بيع الثوب بثوبين جايز وبيع القفيز بقفيزين لا يجوز يعني ان الربوا لا يجري
في الثياب ويجري في الحنطة فقد اشار به الى لزوم الربوا في مسئلة الحنطة
وعدمه في مسئلة الثوب ولا يخفى ان الربوا انما يلزم ان لو جعل قبض رب
السلم بمنزلة بيعه بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه اما لو جعل ذلك بيعا
براس المال فلا يعرف بالتامل وان اراد بيع العين بالكر الواجب في ذمة
المسلم اليه يشكل بما لو اسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه
من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك الكر

لم يجز

لم يجز لانه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك انه لو جعل قبض المسلم فيه
بمنزلة بيع العين بالكر الواجب في ذمة المسلم اليه لم يلزم في المسئلة المذكورة
شراء ما باع باقل مما باع وهو ظاهر وايضا اذا احرز العدو كر مسلم بدار
ثم دخل مسلم دار الحرب واسلم الى العدو بمائة درهم في كر بر فلما حل السلم
قضى السلم بالكر المحرز فان المالك ياخذ كره بمائة درهم فلو كان قبض المسلم
فيه بمنزلة ابتداء بيع العين بالكر الواجب في الذمة لما اخذ المالك القديم
في المسئلة المذكورة بمائة بل كان ينبغي ان لا ياخذ اصلا لانه لو اخذ حينئذ
اخذ بالمثل وانه لا يفيد والجواب ان المراد هو بيع العين بالكر المسلم فيه
غير ان هذا على اعتبار الحقيقة فيكون العين بمقابلة الكر فيلزم الربوا في المسئلة
الاولى والثانية ومن حيث ان المقبوض عين المسلم فيه في الحكم لا ربوا فيه
فيحقق شبهة الربوا وهي ممنوعة وفي المسئلة الثالثة على هذين الاعتبارين
شبهة شراء ما باع باقل مما باع وانه ايضا غير جايز واما مسئلة العدو
فانا لو اعتبرنا هنا بيعا بالكر المسلم فيه اعتبار الحقيقة ينقطع حق المالك
ولو اعتبر العين بمقابلة راس المال اعتبار الحكم لم ينقطع فلا ينقطع بالشك
على ان رعاية حق المالك القديم واجب لرعاية ما امكن فاعتبرنا فيه جانب
الحكم والاحتراز عن الربوا وعن شراء ما باع باقل مما باع واجب ايضا ما امكن
فاعتبرنا الحقيقة في الاول والحكم في الثاني اخذا بالاحتياط فيما يجب الاخذ
به والله اعلم **قوله** لان القرض عارية **فان قلت** قد ذكر المصنف رح قبيل
باب الربوا ان القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء فلم لا يعتبر معنى المعاوضة
هنا **اجيب** بان القرض عارية حقيقة ومعنى المعاوضة فيها ضروري يثبت
ضرورة انه لا ينتفع المستقرض الا باستهلاكه فيجب عليه رد المثل ضرورة
وهو معنى المعاوضة فلما كانت عارية حقيقة معاوضة ضرورة اعتبرنا الحقيقة
دون ما ثبت بالضرورة حتى قلنا ان اقراض احد المفاوضين لا يلزم صاحبه لانه
اعارة وليس بمعاوضة **فان قلت** لو كان القرض اعارة وجب ان لا يملك المستقرض
عندهما عين القرض كما هو مذهب ابي يوسف رح حتى يجوز له ان يشتري عين
القرض من المقرض عنده وان كان قد قبضه **قلت** انما يملك عندهما ضرورة
تمكنه من الانتفاع والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فيكون عارية فيما وراء ذلك
حتى ان المقرض يملك ان يطالب المستقرض بتسليم عين دراهم القرض ما دامت
باقية **وفيه نظر** اذ ملك المستقرض اذا لم يكن ظاهرا فيما وراء الانتفاع وجب
ان يصح شراؤه من المقرض عندهما وهو غير صحيح ولان التمكن من الانتفاع لا يحتاج
الى ملك العين بل يكفيه ملك المنافع وبه نقول الا ان الانتفاع بالقرض لا يمكن

الا باستهلاكه فيملك استهلاكه بضرورة الاعارة ورضاء المقرض به لان عين
القرض يدخل في ملكه وفي الذخيرة لو اقرض على ان يكتب له الى بلد كذا لا يجوز لان
القرض وان كان بمنزلة العارية في بعض الاحكام الا انه معاوضة في الحقيقة
فيفسده الشرط الذي يفسد البيع هذا كلامه وهو تصريح بخلاف ما ذكر
في الكتاب من ان معنى المعاوضة غير معتبر في القرض وان للمردود فيه حكم عين المأخوذ
مطلقا نعم ذكر القرض في الكتاب من العقود التي لا تبطل بالشرط الفاسد
فلنا ان نمنع ثم هنا بحث وذلك ان المقرض اسوة للغرماء في تركة المستقرض
ذكره في الكافي في متفرقات كتاب الاقرار حيث قال مستقرض الف باع
من مقرضه عبدا بالف مؤجل فحل الاجل في مرض المستقرض يقع المقاصة
لزوال المانع وهو الاجل فان مات المستقرض فالمقرض اسوة الغرماء فيما عليه
من الثمن لان القرض صار مقضيا في المرض لان دين المستقرض اخرهما وهو ثمن المبيع وهو
مال المريض فصار المريض قاضيا دين بعض الغرماء مؤثرا له على سائر الغرماء حال
استغراق ماله بديون الغرماء فلم يسلم له هذا كلامه وعلى ما اشار هنا من ان
القرض اعارة وللمردود فيه حكم عين المأخوذ من كل وجه وجب ان يكون المقرض
احق بقرضه من سائر الغرماء لان قدر ما يستوجبه القرض فهو كالمستعار عنه
كانه استعاره ثم رده ولو كان ذلك القدر عارية حقيقة ورده المريض
في مرضه لم يتعلق به حق الغرماء فكذا اذا كان في حكم العارية الا يرى انه
لو اقرض اجنبي لمكاتب الفا ومرض واقرضه سيده الفا فقضى سيده الف القرض
ومات سلمت لسيده ولو اقر مكاتب لسيده بالف ولاجنبي بالف ثم مرض
وفي يده الف فقضى من كتابته وهي الف ومات ولا مال له عتق لوجود الشرط
وثلثا الالف للسيد وثلثه للاجنبي لان الديون استوت فتقسم بالحصص
فلو قضى من دين سيده بالالف كله للاجنبي لانه مات عاجزا يسقط دين المولى
والفرق بين القرض والدين ان الاقراض اعارة حكما فكان كاسترداد العارية
بخلاف الدين والله اعلم قوله لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك
الآمر فان قلت صحة الامر ليس بشرط لحصول القبض الا يرى انه لو كان
في غرائر رب السلم طعامه وامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله فيه فكاله يصير
قابضا بالاتصال بالملك في الاصح وان كان الامر لم يصادف ملك الآمر
وكما ان الاتصال بالملك يوجب القبض فكذلك الوقوع في غرائر المشتري ايضا
يوجبه على ما اشار اليه المصنف رح بقوله والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
فكما لا يشترط صحة الامر لحصول القبض بالاتصال بالملك يجب ان لا يشترط
لحصوله بالوقوع في غرائره ايضا اجيب بان الوقوع في غرائر المشتري انما يكون

قبضا

قبضا اذا كانت الغرائر في يده ولن يكون كذلك الا بصحة الامر وصحته ان دفع
الغرائر الى البائع ليكيل فيه طعامه اعارة فيكون في يده لا في يد المشتري فلا يصير
المشتري به قابضا ودفعها اليه ليكيل فيه طعام المشتري توكيل له بامساكها
فيكون الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيه يصير في يده ايضا فيكون قابضا
اما الاتصال بملك المشتري فهو قبض مطلقا فيكون الامر بالخلط بملك المشتري
اما بالتسليم وامر رب السلم بالتسليم صحيح وان كان لا يصح بغيره فلما صح امره
يصير قابضا بالخلط اما الامر بالكيل في غرائر رب السلم فغير صحيح لانه لو صح
لصح من حيث انه امر بالتسليم والتسليم لا يكون الا اذا كان الغرائر في يد المشتري
وهو ليس في يده لمكان الاستعارة على ما بيناه قوله لجواز ان يكون مراده
البداية بالعين قلت مثل هذا الاحتمال لكونه غير ناش عن دليل غير معتبر حتى لا يقدح
في قطعية المطلق فكانه اراد بامكان ارادة البداية بالعين عدم استلزام الرضا
بالمطلق رضاه بالخلط والاستهلاك وذلك انه انما رضي بكيلهما في غرائره وكيلهما
فيها لا يستلزم الخلط حتى يكون الرضاء به رضاء بالخلط قوله وعندهما بالخيار
ان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وهذا ظاهر فيما
اذا خلط الحنطة بالحنطة او الشعير بالشعير مثلا اما اذا خلط المائع بغير جنسه
كالخل بالزيت فينبغي ان ينفسخ البيع عند الكل لان هذا الخلط استهلاك
صورة ومعنى بالاجماع حتى لو خلط المودع الخل الوديعة بالزيت ينقطع حق
المالك الى الضمان عندهم جميعا ولو خلط المائع بجنسه كالخل بالخل والزيت
بالزيت ينبغي ان يجعل الاقل تابعا للاكثر عند ابي يوسف رح لما عرف
من مذهبه في مسئلة الوديعة انه في خلط المائع بجنسه يجعل الاقل تابعا
فما ذكر في الكتاب على وجه الاطلاق من قوله وعندهما بالخيار لان الخلط ليس
باستهلاك عندهما مشكل قوله وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه
فان قلت رأس المال حالة الفسخ اخذ شبها بالمبيع قلت جعل كذلك احتياطا
حتى لا يجوز التصرف فيه قبل القبض واعتبر الحقيقة هنا والشبهة ثمة عملا بهما
كما في نظائرها وقد سبق فيه انه لو لم يجعل رأس المال مبيعا يبطل الاقالة
الا يرى انهما لو تقايلا وهلك المبيع قبل القبض بطل الاقالة وهنا لما تقايلا
وسقط المسلم فيه صار كالهالك فينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة ولاذلك
الا بجعل رأس المال مبيعا هذا كلامه وهذا تصريح بان صحة الاقالة في السلم
مبنية على جعل رأس المال مبيعا فلا يكون جعله مبيعا من الاحتياط فالاولى
هو ما ذكرنا من الجواب عند قوله ولانه اخذ شبها بالمبيع فعليك به قوله
لان رب السلم متعنت في انكار الصحة والمنكر انما يصير خصما اذا انكر استحقاقا عليه

اما اذا انكر حقا له فهو متعنت وليس بخصم فلا يتوجه عليه اليمين لانها شرعت لقطع
الخصومة ودفع الاستحقاق فلا يكون الا على الخصم والمتعنت ليس بخصم
دافع عن نفسه استحقاقا واذا لم يكن رب السلم منكرا استحقاقا عليه التحق
الانكار بالعدم ولم يبق منه الا دعوى الفساد من غير انكار استحقاق عليه وصاحبه
يدعى الصحة فيكون القول له اذ الظاهر شاهد له وهذا بناء على اصل وهو
ان احد المتعاقدين اذا ادعى الصحة والاخر الفساد فان كان مدعى الفساد
لا يدفع عن نفسه استحقاق مال بلا عوض يعدله فالقول لمدعى الصحة فان كان
يدفع عن نفسه ذلك فالقول له لانه اذا كان لا يدفع عن نفسه استحقاق مال
بقى من جانبه مجرد دعوى الفساد فلا تقبل قوله لان الظاهر شاهد لمدعى الجواز
لان العقل والدين يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد وعن دعوى الجواز كاذبا
فظاهر عقل مدعى الجواز شاهد له من كل وجه والقول لمن يشهد له الظاهر
فمن كان شهادة الظاهر له اكثر كان قوله اولى بالقبول فاذا كان يدعى الفساد
يدفع استحقاقا لو جعلنا القول لمدعى الصحة فقد جعلنا مستحقا على صاحبه
بشهادة الظاهر والظاهر لا يصلح للاستحقاق ومتى جعلنا القول لمدعى الجواز
اذا كان مدعى الفساد لا يدفع عن نفسه استحقاقا فقد اعتبرنا شهادة الظاهر
لدفع صفة المعصية عن فعلهما والمعاصى ابدا تدفع عن المسلمين بشهادة
الظاهر اذا ثبت هذا فنقول رب السلم لا يدفع عن نفسه بدعوى الفساد
استحقاق مال لان راس المال ان كان يستحق عليه لكنه يستحق بعوض
يربو عليه وهو المسلم فيه والاستحقاق بعوض يعدله لا يعتبر استحقاقا
كما فى بيع العين اذا ادعى احد المتعاقدين الصحة والاخر الفساد فالاستحقاق
بعوض يربو عليه اولى من ان لا يعتبر قوله لانه متعنت ولو كان غير دافع
عن نفسه استحقاقا من غير الحاق ضرر به لم يكن القول له فلان لا يكون
القول له وهو لا يدفع عن نفسه استحقاقا مع انكار ما ينفعه اولى فان
قلت المسلم اليه ايضا متعنت بدعوى الصحة اذ المسلم فيه يربو على راس المال
قلت بل هو دافع عن نفسه المعصية وهو من هذا الوجه ليس بمتعنت وانما
رب السلم متعنت بانكار ما هو نفع محض وبدعوى الفساد ايضا فلا يكون
خصما واليمين انما يتوجه على الخصم قوله لانه يربو على راس المال فان قلت
راس المال ايضا يربو من حيث انه نقد والنقد خير من النسيئة والمسلم فيه
نسيئة قلت هذا التعليل فيما اذا اختلفا بعد حلول الاجل اما قبل حلوله
فانما لا يكون القول لرب السلم لانه لا يدفع عن نفسه استحقاقا بلا عوض
يعدله لان راس المال يستحق عليه على تقدير جواز العقد بعوض يعدله

من حيث

من حيث ان راس المال ان كان نقدا فالمسلم فيه يربو عليه قيمة فكان كل منهما
يعدل الاخر والاستحقاق بعوض يعدله كلا استحقاق والمسلم اليه وان كان
ينكر استحقاق استرداد راس المال اذا كان قد قبضه فهو ايضا ينكر استحقاقا
بعوض يعدله فبطل حجة الاستحقاق من الجانبين فبقى دعوى الفساد من غير دعوى
الاستحقاق فيكون القول لمن ينكر الفساد اذ الظاهر يصلح لدفع المعصية
عن فعل الغير وفى هذا التقرير نظر لانه لو لم يعتبر الاستحقاق بقى مجرد
دعوى المعصية والفسق وانها لا توجب اليمين ولا يقبل البينة عليه اذ
الفسق لا يدخل تحت الحكم فالاولى ان يقول لما استويا فى جانب الاستحقاق
رجحنا قول من يدعى الصحة لان شهادة الظاهر فى جانبه اكثر قوله وان
كان صاحبه منكرا فان قلت كما ان الظاهر شاهد لمدعى الصحة من حيث
ان دينه وعقله يمنعانه عن مباشرة العقد الفاسد فكذا الظاهر شاهد للمنكر
من حيث ان الاصل هو براءة الذمة وعدم الاستحقاق فما وجه الترجيح قلت
المنكر للصحة كالراجع عما اقر اذ الاقدام على السلم اقرار منه بصحته بحكم الظاهر
فلا يعتبر انكاره لانه بعد الاقرار وابو يوسف ومحمد رحمهما الله اعتبرا الانكار
بظاهر قوله عليه السلام واليمين على من انكر وجوابه ان المراد بالمنكر فى الحديث
من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمدعى الصحة والاصل فى الذمة ان كان هو
البراءة لكن بعدما اقر يشتغل الذمة دلالة صار الظاهر هو الشغل والاستحقاق
قوله فالقول قول رب السلم لان المسلم فيه متعنت فى انكاره حقا له وهو
الاجل فان قلت رب السلم بدعوى الاجل يدعى استحقاق المسلم فيه فلو كان
القول مع يمينه له لاستحقه باليمين وانها ما شرعت للاستحقاق بل للدفع
اجيب بان الاستحقاق مضاف الى اقرار المسلم اليه لا الى اليمين وذلك
ان الاقرار بعقد السلم اقرار بالاجل لانه اخذ عاجل باجل وانه لم يشرع
الا بالاجل فان قلت فيجب ان يستحقه رب السلم بلا يمين كما لو اقر المسلم اليه
بالصحة وكونه مؤجلا صريحا اجيب بان هذا الاقرار ثبت بحكم الظاهر
فلا يثبت الاستحقاق الا اذا تايد باليمين ومتى تايد بها ثبت الاستحقاق
به لا باليمين نفسه فان قلت متى كان الاقرار بعقد السلم اقرارا بالاجل
كان انكاره بعد ذلك تناقضا فينبغى ان لا يقبل البينة عليه وقد ذكر
فى الذخيرة انه اذا قامت البينة لاحدهما يقبل واذا قامت لهما قبلت
بينة مدعى الاجل لانه يثبت شرطا ينفيه البينة الاخرى اجيب بان المباشر
للعقد ليس بمقر بما يتوقف عليه صحته حقيقة بل جعل مقرا به شرعا نظرا
الى الظاهر لكن ما لم يثبت الفساد المحتمل بالبينة لا مطلقا اذ العقد يحتمل

ان يكون فاسدا وان كان خلاف الظاهر والبينة وضعت لاثبات ما هو محتمل
غير ظاهر فلا بد وان يقبل على دعوى الفساد فيتوقف جعله مقرا الى ان يثبت
الفساد بالبينة بالضرورة ولا منافاة بين جعله مقرا فى الشرع الى ان يثبت
الفساد بالبينة وبين دعواه الفساد ليقيم عليه البينة بخلاف ما لو اقر به
حقيقة وذلك ظاهر ثم هنا بحث وذلك ان المسلم اليه انما يكون منكرا
ما هو حقه وهو الاجل اذا وقع النزاع قبل حلول الاجل اما اذا وقع بعده فهو
ليس بمنكر حقا له وهو الاجل لانه بعد الحلول لا يبقى حقا له فلم يكن الا دعوى الصحة
والفساد فيجب ان يكون القول لمدعى الصحة وعندهما للمنكر وايضا اذا اختلفا
فى اصل الاجل لاحدهما بينة قبلت بينته وان اقاما البينة قبلت
فلو كان انكار الاجل من المسلم اليه تعنتا وجب ان نقبل البينة انما تقبل
على الخصومة لا على التعنت قوله لرب المال اذا قال للمضارب شرطت
لك نصف الربح الا عشرة هذا هو الصواب من النسخ ووقع فى بعضها شرطت
لك نصف الربح وزيادة عشرة وهو ليس بصحيح لان فى قوله وزيادة عشرة
القول قول المضارب بالاجماع كذا فى الشرح قوله بخلاف مسئلة المضاربة
وذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده الفرق بين المضاربة والمتنازع فيه
بان فى المتنازع فيه اتفقا على عقد واحد وفى المضاربة اختلفا فرب المال
ادعى الاجارة فان المضاربة متى فسدت كانت اجارة فاسدة واذا جازت
كانت شركة فادعى المضارب المضاربة والشركة وانكره رب المال واقر
له بالاجارة فيكون القول لرب المال وهنا اتفقا على عقد واحد وهو
السلم فان السلم الحال سلم فاسد وليس بعقد آخر الا يرى انه يحنث
فى يمينه لا يسلم واختلفا فى جوازه وفساده فكان القول لمدعى الجواز كذا
فى الشرح وبهذا ظهر ضعف ما ذكر فى الكافى فى كتاب المزارعة انه لو قال
رب الارض دفعت الارض بالنصف وقال المزارع لا بل شرطت لى نصف الخارج
وزيادة عشرة اقفزة وكان ذلك قبل العمل فالقول لرب الارض على قياس
قول ابى حنيفة رضى الله عنه على قول من اجاز المزارعة لان القول لمدعى الصحة
عنده كما فى السلم وعندهما القول للمزارع لانكاره لزوم العمل عليه هذا لفظه
ووجه الضعف ان المزارعة كالمضاربة من حيث ان كلا منهما اذا صحت كانت
شركة واذا فسدت كانت اجارة فوجب على اصل ابى حنيفة رضى الله عنه
ان يكون القول للمزارع كما فى المضاربة لان كلا من المزارع ورب الارض
يدعى عقدا آخر والقول انما يكون لمدعى الصحة اذا اتفقا على عقد واحد اللهم
الا ان يمنع كون المزارعة عقدين على تقديرى الصحة والفساد بل هى اجارة على التقديرين

حتى يشترط فيه بيان المدة وتنعقد لازمة كالاجارة فتكون اجارة صحيحة
على تقدير الصحة فاسدة على تقدير الفساد فكان كالسلم بخلاف المضاربة فان
الغالب فيها معنى الشركة حتى لا يشترط فيها بيان المدة ولا تنعقد لازمة فكانت
شركة على تقدير الصحة اجارة على تقدير الفساد فكان عقدين مختلفين فيصح قياس
المزارعة على السلم وبهذا يندفع ما يقال لا نسلم ان المضاربة عقدان على تقديرى
الصحة والفساد بل هى عقد واحد صحت او فسدت غير انها اذا صحت كانت اجارة
صحيحة على خلاف القياس واذا فسدت كانت اجارة فاسدة فتامل ثم ذكر
فى الشرح فان قيل هذا الذى ذكرتم فى المضاربة يشكل بما اذا قال شرطت
لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب بل شرطت لى نصف الربح
فالقول للمضارب ولم يقل انهما اختلفا فى نوع العقد قيل هذا لا يلزم
لان المضارب وان ادعى المضاربة والشركة الا ان رب المال اقر بذلك
لما قال شرطت لك نصف الربح وهو بقوله وزيادة عشرة يدعى فساد
العقد بعد ما اقر له بالجواز لان قوله وزيادة عشرة معطوف على قوله
شرطت لك نصف الربح فاول الكلام لا يقف على وجوده كمن قال انت طالق
وطالق لغير المدخول بها بخلاف ما لو قال الا عشرة لان هذا استثناء فاول
الكلام مما يقف على الاستثناء هذا لفظه وفيه نظر اذ المعطوف اذا
كان مغيرا لاول الكلام توقف عليه اوله كما يتوقف على الشرط والاستثناء
الا يرى انه لو زوجه الفضولى اختين فى عقدتين فقال اجزت هذه وهذه
بطلا جميعا وعلله الاصوليون بان صدر الكلام وضع لجواز النكاح واذا
اتصل به آخره سلب الجواز عنه فصار آخره وهو قوله وهذه فى حق اوله وهو
قوله اجزت نكاح هذه كالشرط والاستثناء ولا يخفى ان قوله شرطت لك
نصف الربح موضوع للجواز وقوله وزيادة عشرة سالب للجواز عنه فينبغى
ان يتوقف اول الكلام على آخره هنا ايضا ويكون قوله وزيادة عشرة بمنزلة الاستثناء
وهذا بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق وطالق لان آخر الكلام فيه لا يغير
اوله فلا يتوقف عليه والجواب ان قوله وزيادة عشرة ابطال لا تغيير محض
والابطال لا يصح وان كان موصولا وبيانه ان قوله شرطت لك نصف الربح
اقرار يتعلق حق المضارب بنصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة يدعى فساد
عقد المضاربة وفيه ابطال حقه فى الربح فلا يصدق فى ذلك فصار كما لو اقر
لفلان على الف من ثمن عبد ولكنى لم اقبضه فانه لا يصدق فى انكار القبض
لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض فى غير
المعين بناء فى الوجوب اصلا لان الجهالة توجب هلاك المبيع فيمنع وجوب الثمن

فكان رجوعا فكذا في مسئلتنا اقر بتعلق حق المضارب بالنصف رجوعا
الى قوله شرطت لك نصف الربح ثم يريد بقوله وزيادة عشرة ابطاله فلا يصدق
فلا يتوقف اول الكلام عليه كما لا يتوقف فيما اذا قال لغير المدخول بها انت طالق
وطالق بخلاف مسئلة الفضولي لان اخر الكلام هناك وهو قوله وهذه تغيير
لاوله من الصحة الى الفساد وليس بابطال لحق احد لا يقال في تغيير عقد النكاح
من الصحة الى الفساد ايضا ابطال لحق المرأة في المهر لان المال في باب النكاح غير مقصود
انما المقصود هو العقد لا غير فلا يبالى ببطلان التابع بخلاف الربح في المضاربة
فانه مقصود فافترقا هذا غاية ما يقال في تصحيح ما ذكره الشارح ولكن لو كان
قوله وزيادة عشرة ابطالا لزم ان لا يقبل بينة رب المال عليه فلا يكاد يستقيم
هذا الجواب الا ان يثبت ان البينة عليه غير مقبولة من رب المال ولكن ذكر
في الذخيرة انه اذا ادعى احد المتعاقدين انه شرط النصف وزيادة قفيز
وادعى الاخر انه شرط النصف واقاما على ذلك بينة فالبينة بينة مثبت الزيادة
وبينت فساد المزارعة فالاوضح ان يقال قوله وزيادة عشرة ان كان بيان
التغيير كقوله وهذه في مسئلة الفضولي الا ان المبين انما يصدق في البيان
من غير حجة اذا كان بيانه انكارا محضا اما لو كان بيانه دعوى شيء لنفسه فالقول
لصاحبه الا يرى انه لو اقر بالدين الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المقر له
وان كان قول المقر الى اجل بيان تغيير الا انه دعوى الاجل لنفسه فلا يصدق
فيه الا بحجة كذا هنا رب المال يدعي بقوله وزيادة عشرة فساد عقد
المضاربة بعد ما اقر له بما يصح المضاربة واتفقا عليه والمضارب ينكره
فيكون القول للمنكر كما اذا اتفقا على البيع وادعى احدهما اجلا مجهولا او خيارا
مجهولا وانكر الاخر بخلاف ما اذا استثنى عشرة لان الاستثناء تكلم
بالباقي والباقي مجهول وجهالة المشروط يمنع صحة العقد فلم يتفقا هنا
على ما يصح به المضاربة بل ادعى احدهما اجارة فاسدة والاخر مضاربة صحيحة
فكان القول لرب المال بخلاف مسئلة الاختين فانه تغيير لا يتضمن دعوى شيء
لنفسه فلا يكون نظير مسئلتنا يؤيده ما ذكر في الحاشية العلائية قبل
باب كفالة الرجلين عند قوله ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال
المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لان بيان التغيير يصح موصولا اذا لم يكن
له مكذب وهنا مكذب فلا يصح فالفرق بين مسئلة الاختين ومسئلة
المضاربة على هذا ظاهر لمكان التكذيب في الثاني دون الاول والله اعلم
قوله بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس بلازم **قلت** صرح بالفرق بين
مسئلة السلم والمضاربة بجهة اللزوم وعدمه بعد ما اشار الى فرق اخر

بقوله

بقوله وقد اتفقا على عقد واحد من حيث انهما اتفقا في مسئلة السلم على عقد
واحد وفي المضاربة ادعى المضارب المضاربة ورب المال الاجارة اذ المضاربة
اذا فسدت صارت اجارة فاسدة وانما اعرض عن بناء المخالفة بين المسئلتين
على هذا الفرق مع انه الاعذب نظما ان يقول بخلاف مسئلة المضاربة
لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان هذا الفرق كانه زيف عنده لانا لا نسلم
انهما لم يتفقا على عقد واحد في مسئلة المضاربة اذ المضاربة الصحيحة اجارة
جوزت على خلاف القياس لانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله ولو سلم
فيجب ان يتحالفا لان كلا منهما يدعي على صاحبه عقدا ينكره الاخر
فلا يكون القول لواحد منهما وجعل الامام حافظ الملة والدين قوله لانه
ليس بلازم بمعنى قوله لانه ليس بعقد واحد حيث علل عدم اللزوم بانها
اذا صحت كانت شركة واذا فسدت صارت اجارة فلم يتفقا فيه على عقد
واحد فان دل ظاهر حاله على التفادي عن الفساد فلا يدل على ان لا يختار
عقدا اخر فلم يعتبر دعواهما في العقد فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح على
المال وهو ينكر فكان القول له واما السلم فعقد لازم متحد على تقديري
الصحة والفساد فكان القول لمن يدعي صحته **قوله** فالقول لمدعي الصحة عنده
قلت هذا اذا لم يدفع مدعي الفساد بدعواه استحقاقا عن نفسه اما اذا دفعه
بدعوى الفساد فالقول لمدعي الفساد نظيره ان البائع اذا ادعى الاكراه
في البيع والتسليم والمشتري يدعي الطوع فان ادعى البائع البيع باقل من القيمة
فالقول له لانه يدفع الاستحقاق وان ادعى البيع بمثل القيمة فالقول
للمشتري لان البائع لا يدفع الاستحقاق عن نفسه ثم القول انما يكون لمدعي الصحة
اذا لم يثبت سبب الفساد بقول من يدعيه اما اذا ثبت ذلك بقوله فالقول
لمدعي الفساد نظيره اشترى جارية فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت
الشراء فادعاه البائع فقال المشتري الحبل لم يكن في ملكك انما اشتريتها
وهي حاملة وقال البائع بل اصل الحبل كان في ملكه فالقول للبائع وان ادعى
فساد العقد لان سبب الفساد وهو علوق الولد من البائع يثبت بقول البائع
اذ الظاهر شاهد له من حيث انه متمكن من الوطي وان العلوق حادث فيضاف
الى اقرب الاوقات **قوله** والصحيح انه يجوز بيعا اي انتهاء قبيل التسليم بدليل
ان الصانع اذا مات قبل تسليم العمل بطل الاستصناع ولو انعقد بيعا ابتداء
وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم وقال محمد اذا اتى به الصانع
كان المستصنع بالخيار لانه اشترى شيئا لم يره ولو انعقد اجارة ابتداء
وانتهاء لم يكن له الخيار كما في الخياطة ولو كان ينعقد بيعا عند التسليم لا قبله لثبت

لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا ما راه والمعنى ان المستصنع طلب منه
العين والعمل واعتبارهما فى حالة واحدة متعذر لان بين البيع والاجارة
تنافيا فجوزنا الاجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الاجارة
ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حقهما فان قيل
لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل والمستصنع على اعطاء الدرهم
كما فى ساير الاجارة ولو اتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد برئ عما لزمه
بالاستصناع ولو انعقد اجارة لا يستحق عليه العمل بعد العقد قلنا انما لم يجبر
الصانع على العمل لانه لا يمكنه الا باتلاف عين والاجارة يفسخ بهذا العذر
كالمزارع له ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهة ولا يجبر المستصنع على اعطاء
الدرهم وان شرط تعجيله لان هذه الاجارة فى الاخرة شراء ما لم يره وكان
له ان يفسخ العقد ولا يعطى الثمن واما قوله لو اتى بمصنوع صنعه قبل العقد
لم يجبر على العمل قلنا المقصود من العمل المعمول فاذا سلم المعمول سقط عنه هذا
كله من الذخيرة قوله لا عدة بدليل انه اجرى فيه القياس والاستحسان
والمواعدة يجوز قياسا واستحسانا وفصل فى جوازه بين ما للناس فيه تعامل وبين
لا تعامل فيه ولو كان مواعدة لجاز فى الكل واثبت فيه خيار الرؤية وهو
انما يكون فى البيع وسمى شراء وقال المستصنع اذا راى فهو بالخيار لانه اشترى ما
لم يره قوله الا بضرر فان قلت فيجب ان يفسد البيع كما لو باع جذعا
من سقف فانه فاسد وعلله المصنف بقوله لانه لا يمكنه تسليمه الا بضرر
اجيب بان الضرر بقطع الصرم ونحوه مشوب بالنفع فاعتبر فى اثبات الخيار
دون الفساد وبعض السقف غير مشوب به فاعتبر فى الفساد وبان القول
بالفساد غير ممكن هنا لمكان التعامل فاعتبر فى اثبات الخيار نعم يشكل
بان العذر فى الفسخ هو الضرر الزايد الذى لم يستحق بالعقد على ما يجئ فى الاجارة
والضرر فى قطع الصرم مستحق به فلا يكون عذرا قوله ولنا انه عليه السلام
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية تمسك باخر الحديث اما صدره
فمتروك بالمقدمة الاجماعية التى اشار اليها فى الدليل الثانى وهى انه
مال منتفع به فى الحال وفى المال فيصح بيعه والمطلوب به ابطال مذهب الخصم
واذا بطل مذهبه ثبت ما قلنا لعدم القائل بالفرق بين كلب وكلب او نقول
اسم الكلب يقع على الاسد ايضا لقوله عليه السلام اللهم سلط عليه كلبا
من كلابك فسلط الله تعالى عليه الاسد فيكون المعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم
عن بيع الكلب الا بيع كلب يصلح للاصطياد او لحراسة الماشية فيخرج بالاستثناء
كل كلب اهلى لانه يصلح للصيد وحراسة الماشية ولا يبقى فى النهى الا الكلاب التى

لا تصلح

لا تصلح لذلك وهى الاسد ونحوه مما يطلق عليه اسم الكلب ولا تصلح للاصطياد
وحراسة الماشية هذا وفيه نظر لجواز بيع ساير السباع سوى الكلب ايضا
وفيه ان بيع السباع انما يجوز اذا صلحت للتعليم والاسد لا يصلح لذلك
وفيه ان جواز الانتفاع بجلده يكفى لصحة بيعه فالاوجه ان يقال انه عليه السلام
استثنى عن مطلق الكلب كلب صيد وماشية وما من كلب الا وهو يصلح
لصيد وماشية فيكون استثناء لجميع الافراد المتحققة للكلب فى الخارج
فلا يبقى فى الصدر شئ من الافراد وليس هذا استثناء الكل من الكل
لان اسم الكلب مفهوما اعم من كلب صيد وكلب ماشية وعموم الصدر
مفهوما يكفى لصحة الاستثناء وان كان الصدر مع المستثنى متحدا فيما
يصدق عليه كما لو قال نسائى طوالق الا هندا وزينب وفاطمة وام كلثوم
لم تطلق واحدة منهن كذا هنا نهى عن بيع الكلب ثم استثنى جميع افراده مجازا جميعا
فيقتضى جواز بيع جميع الافراد وهو المطلوب فان قلت لا نسلم ان المراد
الا كلبا يصلح للصيد او الماشية بل المراد الا كلبا اقتنى لاجل اصطياد
الصيد او حراسة الماشية فاقتناء كل كلب لذلك ليس بلازم فيبقى فى الصدر
ما لم يكن اقتناؤه للصيد او الماشية والدليل عليه قوله عليه السلام لا يدخل
الملائكة بيتا فيه كلب الا كلب صيد او ماشية اذ المراد كلب اقتنى للصيد
او الماشية لا كلب يصلح لهما والا لم يحترز الملائكة عن شئ من البيوت
التى فيها كلب لان كل كلب يصلح لذلك قلنا البيع يستدعى ان يكون المبيع
مما ينتفع به فى الحال او المال كالجحش وكل كلب يصلح للصيد والماشية فهو
منتفع به حالا او مالا فلا يجب ان يراد فى محل البيع كلب صالح لذلك واما احتراز
الملائكة عن الدخول فى بيت فيه كلب فلاجل نجاسة الكلب والنجاسة لا تعفى
الا عند الضرورة وفى كلب يقتنى لصيد او ماشية ضرورة ولا ضرورة فيما
يصلح له ولكنه لم يقتن لاجله فالضرورة يكون مانعا عن دخولهم قوله ولو سلم
فيحرم التناول دون البيع فان قلت بل يحرم البيع ايضا لان الشرع لما نجسها
فقد اهانها وفى البيع اعزازه وهكذا علل المصنف فساد بيع الخمر فيما تقدم
اجيب بان النجاسة وان كانت يشعر بهوان المحل فجواز الانتفاع به يشعر
بالعزة والانتفاع بالكلب جايز بالاتفاق فيكون ذا عزة من هذا الوجه والعزة
من وجه يكفى لصحة البيع اذ البيع اعزاز من وجه واستهانة من وجه بخلاف الخمر
والخنزير لانهما نجسان والانتفاع بهما غير جايز اصلا فلا عزة بوجه فلا يصح
بيعهما لما فيه من الاعزاز من وجه قوله فالنكاح جايز فان قلت ينبغى
ان لا يجوز قبل القبض قلنا القدرة على التسليم شرط لجواز البيع ولم يوجد

ولا كذلك هنا كذا في الشاهان والشرح **وفيه نظر** لان بيع المرهون وهو
في يد المرتهن محبوسا بحقه جايز مع ان الراهن لا يقدر على تسليمه كالمشتري
وكما ان عجز الراهن على شرف الزوال فكذا عجز المشتري فالاوجه ان يقال
انما لا يجوز البيع لما فيه من غرر الانفساخ والنكاح لا يبطل بالغرر **قوله**
وان لم يطأها فليس بقبض ذكر الصدر الشهيد اشترى جارية ثم زوجها
قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رح
لان البيع متى انتقض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح
باطلا وذكر القاضي الامام في هذه المسئلة لو ماتت الجارية قبل القبض
لا يبطل النكاح وان بطل البيع ومتى لم يطأها حتى ماتت يجب المهر للمشتري
قوله واقام البينة انه باعه وقد يقال البينة لا تقام الا على خصم حاضر
ولم يوجد له ان يقال الخصم انما يشترط اذا اقيمت البينة للقضاء اما
اذا اقيمت لكشف الحال فلا يشترط فيه الخصم نص عليه في الكافي في كتاب
اللقيط حيث قال فان رفعها اي اللقيط الى القاضي واقام البينة انه
التقطها يامره بان ينفق على قدر ما يرى وهو صحيح لاحتمال ان يكون غصبا
في يده والقاضي لا يامره فيه بالانفاق انما يامره بالانفاق في الوديعة
فلا بد من البينة فان قيل البينة لا تقبل من غير خصم حاضر قلنا هذه
بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط هذا كلامه
فالبينة هنا ايضا لكشف الحال فلا يشترط له حضور الخصم **قوله** بيع العبد
واوفى الثمن **فان قلت** هذا بيع ما لم يقبض **قلت** من مشايخنا من قال
ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع ولكن فيه نظر لان المشتري
ليس له ان يقبض قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه وقيل البيع هنا
ليس بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر
ويجوز ان يثبت الشيء ضمنا وان كان لا يثبت قصدا كذا في الفوايد الظهيرية
والجواب عن النظر ان المشتري انما لا يتمكن من قبضه قبل النقد لحق البايع
اما اذا رضي البايع بقبضه فله ان يقبض فكذا وكيله والبايع هنا راض بقبض
الوكيل فيصح قبضه **قوله** والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض يعني
يبيع القاضي المبيع في دين البايع لتعلق حقه بمالية المبيع حتى كان البايع احق
بماليته من ساير الغرماء كالمرتهن عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال عيسى هذا
قول محمد رح الاول وقوله الاخر كقول ابي يوسف قياسا على مسئلة الرهن وسنذكرها
والمشهور انه مع ابي حنيفة في هذه المسئلة ومع ابي يوسف في مسئلة الرهن
قوله لانه ايجاب له عليه ولا نظير له في الشرع **قلت** هذا الدليل لا يكاد يتم

من قبل

من قبل محمد رح لان الايجاب له عليه جايز في اصله كما عرف في مسئلة رهن
الابريق وهي ما اذا رهن ابريق فضة وزنها عشرة دراهم بعشرة ثم هلكت
فان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فعليه وان كانت اقل فكذلك عند
ابي حنيفة وقالا يضمن قيمة الابريق من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده لانه
لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة
لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس كذا ذكر في كتاب الرهن
فقد اوجب محمد رح الضمان على المرتهن وهو ايجاب ضمان له عليه والجواب
ان الايجاب له عليه انما يجوز عند محمد رح اذا دعت الضرورة اليه والضرورة
متحققة في مسئلة الرهن لان المرتهن انما يقبض المرهون ليستوفي من محل
اخر لا من عينه وهو غير عالم باستيفاء حقه عن الرهن ايضا فهو لا يعلم
ان الرهن يهلك في يده فيصير هو مستوفيا به فلو تقرر استيفاؤه من غير علم
لتضرر به كثير ضرر فاضطررنا الى نقض استيفائه بالتضمين اما في مسئلة
اخذ الزيوف مكان الجياد فلا ضرورة الى التضمين لانه قبض الزيوف
ليستوفي حقه من عينها والزيافة لا يمنع الاستيفاء فاذا هلكت تم
استيفاؤه اما كونه غير عالم بصفة الحق فلا يوجب التضمين لانه بتقصير منه
كما لو غصب طعاما فاطعمه مالكه من غير ان يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا
خلافا للشافعي رح لانه اداء كامل والخلل الذي ادعاه الشافعي رح
بانه ليس باداء مامور به اذ المرء لا يتحامى في العادات عن مال غيره
في موضع الاباحة فذلك انما يقع لجهله والجهل لا يبطل حقيقة الاداء
هكذا ذكر الامام فخر الاسلام رح فكذلك في مسئلتنا لما اخذ الزيوف
ليأخذ حقه من عينها واهلكها تم الاستيفاء فلو نقض لكان باعتبار جهله
بصفة المأخوذ وهو بتقصير منه فلا يعتبر **كتاب الصرف**
قوله لما روينا يعني في باب الربوا وهو قوله يدا بيد **فان قلت** قد سبق
ان معنى يدا بيد عينا بعين فلا يكون دليلا على اشتراط التقابض **اجيب**
بانه لما وجب التعيين في الصرف بهذا النص وجب التقابض ضرورة ان
الاثمان لا تتعين الا بالقبض فاشتراط التقابض لضرورة وجوب التعيين
لا لان المراد بقوله يدا بيد هو التقابض حتى يلزم فيه الجمع بين الحقيقة
والمجاز على ان الجمع بينهما جايز على اختيار المصنف كما مر في العتاق
قوله ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم
لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا **فان قلت**
قد مر في باب الربوا ان تعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا

اذ التجار لا يفصلون بين المقبوض في المجلس وغيره وانما يفصلون بالاجل
حتى لا يشترط التقابض في بيع الطعام عندنا فلا معنى لاشتراط قبض
البدل الاخر لتحقيق المساواة اذ المزية التي هي باعتبار تعاقب القبض
في المجلس لا يعتبر مزية اجيب بان هذه النكتة كانها مبنية على ما ذهب
اليه الشافعي فانه لا يعتبر التفاوت الذي يكون باعتبار التعاقب في القبض
حتى لا يجوز الاكتفاء بقبض احد البدلين في بيع الطعام وجواب اخر
قد مر في باب الربوا وهو ان المراد بالنقد العين وبالمؤجل الدين وتعاقب
القبض انما لا يعتبر تفاوتا في المال اذا كانا متعينين كالطعام بالطعام
اما التفاوت بين العين والدين فظاهر اذ العين مال حقيقة والدين
مال باعتبار عاقبة الاستيفاء ثم ذكر في المحيط في فصل القرض من كتاب
البيوع ان في العقود كلها الشرط تعيين احد البدلين حقا للشرع ليصير
محل العقد موجودا غير ان في باب الصرف لما لم يتحقق التعين الا بالقبض
شرط قبض احد البدلين المتعين وشرط قبض البدل الاخر حقا للعاقد
تحقيقا للمساواة بينهما هذا كلامه وهو تصريح بان اشتراط قبض البدل
الاخر لحق العاقد وما ذكر المصنف رح من انه اشتراط للاحتراز عن الربوا
يشعر بانه شرط لحق الشرع وسيجيء التصريح عن قريب ايضا ثم ما ذكر في المحيط
يشكل بانه لو كان قبض البدل الاخر لحق العاقد وجب ان يسقط برضاه
كما ان المشتري يطالب اولا باداء الثمن لحق البائع ليتعين حقه في الثمن كما تعين
حق المشتري في المبيع ثم اذا رضي البائع بسقوط حقه يصح فكذا هنا وايضا
المساواة الواجبة حقا للعاقد لا يوجب فساد العقد عند فواته كما
اذا لم يسلم المشتري الثمن اولا **قوله** اولان احدهما ليس باولى من الاخر
فوجب قبضهما **وفيه بحث** لان القبض في بيع الدرهم بالفلوس شرط
من احد الجانبين تحرزا عن الكالي بالكالي دون الاخر وان كان احدهما
ليس باولى من الاخر هنالك فقد ذكر في شرح الطحاوي انهما اذا تبايعا
دراهم بفلوس فالقبض في احد الجانبين شرط لانهما لو افترقا من غير قبض
حصل الافتراق عن دين بدين لان الدراهم والفلوس لا يتعينان وان
عينت وانما يتعين بالقبض ولو وجد التقابض من احد الجانبين جاز لانه
افتراق عن عين بدين وهكذا ذكر المصنف رح في اخر الصرف وهكذا ذكر
في الذخيرة مصرحا في غير موضع فكان هذا تعليلا جدليا يجيء به لدفع الشغب
ونظيره ما مر في مسئلة بيع التمر بالرطب من قوله ولانه لو كان تمرا جاز البيع
باول الحديث وهو قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر

فبآخره

فبآخره وهو اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فهذا جواب جدلي لدفع تعنت
الخصم والا فهو غير تام الا يرى ان بيع الحنطة المقلية بغير المقلية غير جايز مع ان
المقلية ان كانت حنطة جاز البيع بقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة والا جاز
بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم او نقول ذكر في الجامع الصغير
ما يدل على ان التقابض شرط في بيع الفلوس فانه قال اذا باع فلسا بفلسين
يجوز يدا بيد اذا كانا بعينه فمن مشايخنا من لم يصحح ما ذكر فيه لان التقابض مع التعيين
انما يشترط في الصرف وهذا ليس بصرف ومنهم من صححه لان الفلوس من حيث
ان لها حكم العروض جوزنا بيع واحد باثنين اذا كانا عينين كما لو باع سيفا بسيفين
ومن حيث ان لها حكم الدراهم يشترط التقابض في المجلس مع العينية عملا
بالدليلين بقدر الامكان كذا ذكر في الذخيرة فيحمل هذا التعليل على هذه الرواية
والله اعلم ثم قد يشكل بان الصرف بدين سابق جايز بان كان على اخر عشرة دراهم
فاشترى بذلك العشرة دينارا جاز ولا تقابض ثمه اذ الدين وصف لا يحتمل
القبض وجوابه ان القياس يقتضي ان لا يجوز ولكنا جوزنا بحديث ابن عمر
رضي الله عنه انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني اكري ابلا بالبقيع
الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دنانير او بالدنانير واخذ مكانها دراهم
فقال عليه السلام لا باس به اذا افترقتما كذلك وليس بينكما عمل معناه اذا
افترقتما ولا يبقى احد البدلين دينا لاحدكما في ذمة الاخر ثم اختلفوا فقيل
التقابض شرط الجواز وقيل شرط البقاء عليه وقد يشكل على الاول بان
شرط الجواز ما يشترط حالة العقد كالشهادة في النكاح والمالية في بيع العين
فاما ما يجب بعد العقد يكون حكمه لا شرط جوازه واجيب عنه في الذخيرة
بان شرط الجواز ما يشترط مقارنا للعقد الا ان اشتراط القبض مقارنا له
حقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا
الجواز بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب
والقبول فكان القبض في مجلس العقد كالقبض حالة العقد ولكن هذا مشكل
لان شرط جواز الصرف التقابض قبل افتراق الابدان سواء تقابضا في مجلس العقد
او بعد قيامهما عن مجلس قبل ان يفترقا بدنا والقبض بعد القيام عن المجلس لا يمكن
ان يعتبر قبضا حالة العقد لا حقيقة ولا حكما ولهذا لا يعتبر القبول بعد القيام
عنه قبل افتراق الابدان لا يقال المجلس قبل الافتراق بعد الرواح عن المكان
باق من وجه لانه كان باتحاد المكان واجتماع الابدان فيبقى ببقاء الاجتماع
دون اتحاد المكان من وجه لانا نقول بقاء المجلس من وجه يصلح لبقاء العقد
منعقدا على ما كان لان الثابت يقينا لا يزول بالشك ولا يصلح لاثبات الانعقاد

ابتداء لان ما ليس بثابت لا يمكن اثباته بالشك والاكتفاء ببقاء المجلس من وجه دليل على ان التقابض في المجلس قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الجواز قوله لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه السلام الذهب بالذهب وفيما بعده والفضة بالفضة كذا في الشرح وفيه نظر لما مر في باب الربوا ان معنى قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد عينا بعين وهكذا روى عبادة بن الصامت فكان النص مقتضيا لوجوب التعين دون التقابض فلا يصح التمسك به لاشتراط التقابض فيما هو متعين كالمصوغ قوله ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة وفيه بحث لان هذه الشبهة لا تزول بالقبض لانه بالقبض لا يخرج عن كونه ثمنا خلقة حتى ينتفي به الشبهة التي جاءت لاجله فلو اعتبرت هذه الشبهة لما افاد اشتراط التقابض شيئا ولما جاز بيع الاثمان بحال توضيحه ان القبض والصيغة كلاهما يوجب التعين العارضي على السواء فاعتبار القبض دون الصيغة مما لا وجه له على ان الصيغة يكون في التبر سلعة يتعين بالتعيين في رواية الجامع الصغير حتى لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وهو الاصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن في الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء اخر ظاهرا كذا ذكر المصنف رح في الشركة وذكر في المبسوط بعد ما ذكر ظاهر الرواية بان الشركة لا يجوز بالتبر فقال قد جعل التبر في كتاب الصرف كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين ثم قال والحاصل ان هذا يختلف باختلاف العرف في كل موضع فان كانت المبايعة في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا يجوز الشركة به فظهر بهذا كله ان الثمنية ليست باصل بالتبر وانما يصير ثمنا باعتبار العرف والتعامل فاذا لم يكن الثمنية فيه اصلا وباعتبار الذات كيف يثبت شبهة عدم التعين في ما صيغ منه وكيف يصح التعليل بقوله لكونه ثمنا خلقة وقد ذكر في كتاب الشركة ان الثمنية تختص بالضرب المخصوص وهو يدل على ان الثمنية بعارض العرف ويمكن الجواب عن الاول بان المعتبر من الشبهة في مواضع اعتبارها هي الشبهة التي لا يوجب اعتبارها سد باب ما يكون بابه مفتوحا شرعا واعتبار الشبهة الحاصلة لكونه ثمنا خلقة مع القبض يؤدي الى سد باب الصرف في غير المصوغ وبابه مفتوح بالاتفاق فلا يكون معتبرا الا يرى ان الحدود والقصاص يندريان بالشبهة ثم الشبهة اللازمة التي يؤدي اعتبارها الى سد بابهما ليست بمعتبرة فكذا هنا قوله اعتبار الشبهة في الربوا فان قيل فيه اعتبار شبهة الشبهة لان التقابض فيما لا يتعين كالبدلين انما شرط لئلا يلزم شبهة الربوا باعتبار ان للنقد مزية ففيما يتعينان

او يتعين احدهما تنزل الشبهة الى شبهة الشبهة قيل عدم جواز بيع المضروب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف الى النص لا الى العلة فكانت الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة او نقول شبهة الشبهة انما لم تعتبر اذا لم تكن منصوصا عليها اما اذا كانت الحرمة في الموضع الذي فيه شبهة الشبهة منصوصا عليها كان ثبوت الحرمة باعتبار النص لا بشبهة الشبهة وفي بيع المضروب بالمصوغ جاءت الحرمة نصا وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا يباع غايب منها بناجز وان استنظرك ان يدخل في بيته فلا تنظره فاسم الذهب والورق يتناول المصوغ منهما ايضا فكانت الحرمة بالنص لا بشبهة الشبهة كذا في الشرح قلت لو كانت الحرمة بالنص ولم يكن فيها تاثير لشبهة الشبهة كان الاشتغال بالتعليل بالشبهة النازلة اشتغالا بما لا يعنيه ولا يظن ذلك بمن له ادنى تمييز فكيف بمثل المصنف ثم قال بعض المحققين من الاصوليين ان معرفة ما يتعين وما لا يتعين امر خفي عند التجار فادير الحكم مع ما قام مقام الدين بالدين وهو اسم الصرف فاشترط القبض فيه على الاطلاق وفيه نظر لان هذا الخفاء غير معتبر في الشرع الا يرى ان حكم التعين وعدمه معتبر في الشركة في حق التجار حتى انها تصح بما لا يتعين كالمضروب ولا يصح بما يتعين كالتبر ولا بد ارهنا جوازه على اسم الذهب والفضة اعتبارا لخفاء معرفة ما يتعين وما لا يتعين كيف والخفاء بجهله وهو ليس بعذر قوله والمراد منه الافتراق بالابدان فان قلت وجب ان يعتبر الافتراق عن المجلس لان التقابض انما اشترط في الصرف ليخرج العقد عن الدين بالدين وانما يخرج عنه اذا حصل التقابض في المجلس من حيث ان ساعات المجلس كساعة واحدة فيكون التعين الحاصل في المجلس بالقبض كالتعين في صلب العقد بخلاف ما اذا اختلف المجلس فان ساعات المجلسين لم تعتبر كساعة واحدة في قبول العقد ورفع المفسد حتى لو اوجب البيع ثم قاما عن مجلسهما ذلك فقبل الاخر لا يجوز وان لم يفترقا ابدانا وكذا لو باع بالرقم فاعلمه في المجلس جاز ولو اعلم بعد القيام عنه لا ينقلب جائزا وان كانا لم يفترقا ابدانهما بعد فكذا في التقابض وجب ان يعتبر افتراق المجلس لا افتراق الابدان اجيب بان التقابض في الصرف شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده صحيحا فلما انعقد صحيحا والمجلس قبل افتراق الابدان باق من وجه دون وجه فمن حيث انه باق لا يبطل العقد ومن حيث انه زائل يبطل وقد وقع صحيحا فلا يبطل بالشك بخلاف البيع بالرقم فانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا اذا اعلمه بعد القيام عن المجلس قبل افتراق الابدان بالشك وكذا العقد لا ينعقد بالايجاب فاذا قبل قبل افتراق الابدان بعد الافتراق عن المجلس لم يصح لبقاء المجلس من وجه دون وجه ولم يكن منعقدا

فلا ينعقد بالشك **قوله** فى قبض رأس مال السلم الحاقا لرأس مال السلم
ببدل الصرف لان القبض فى كل منهما لم يشترط الا ليخرج العقد عن الكالى بالكالى
ثم المعتبر فى الصرف هو الافتراق بدنا فكذا فى السلم **وفيه بحث** لان للقياس
ان يشترط القبض فى المجلس ليكون التعين فيه كالتعين فى صلب العقد لان
ساعات المجلس كساعة واحدة غير انه اعتبر التعين فى الصرف قبل الافتراق
بدنا وان كان بعد المجلس باثر ابن عمر بخلاف القياس فيقتصر على مورده
ولا يصح الحاق السلم به وجوابه ان القبض فى المجلس فى كل من الصرف
على الصحة والمجلس من وجه يكفى للبقاء لا لابتداء الانعقاد والمجلس فى البيع
الانعقاد لانه لا ينعقد الا بالقبول ولا المجلس من وجه
حتى لا يلزم الاثبات بالشك **قوله** فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد لانه بالافتراق قبل القبض يكون بيع الدين بالدين وهو باطل
لا فاسد صرح بذلك فى الكافى فى كتاب الصلح ويؤيده انه لو احال احد
المتعاقدين فى الصرف صاحبه على غيره ثم افترقا من غير قبض بطلت الحوالة
فلو لم يبطل الصرف بالتفرق بلا قبض بل يفسد لما بطلت ويؤيده ايضا ما
سياتيك انه اذا باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا من غير قبض بطل
البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وصار الاناء مشتركا بينهما فقد حكم بالشركة
بمجرد الافتراق وذا دليل على بطلان البيع وارتفاعه فيما لم يقبض **فان
قلت** الشرع اوجب المماثلة والتقابض بقوله مثلا بمثل يدا بيد ثم بفوت
المماثلة لا يبطل العقد وبفوت التقابض يبطل فما وجه الفرق **قلت**
ان بانتفاء المماثلة لا ينعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فلا يبطل
العقد وبفوات التقابض يفوت ركنه لانه يصير بيع الدين والدين ليس
بمال بل هو وصف حقيقة فلا يكون مبادلة المال بالمال فيبطل العقد الا انهما
اذا تقابضا فى المجلس تغير ذلك الدين عينا وقت العقد لان مجلس العقد له
حكم حالة العقد لا يقال الدين اذا لم يكن مالا كيف يصح جعله ثمنا بدون
اشتراط القبض والثمن لابد وان يكون مالا لانا نقول انه ان لم يكن مالا
حقيقة فله حكم المال على ما عرف فصح جعله ثمنا الا ان المالية الحكمية لا يكتفى
بها لجعلها مبيعا لان المبيع اصل فلا بد له من المالية الحقيقية بخلاف الثمن
لانه تبع فيكتفى فيه بالمالية الحكمية والدين فى الصرف مبيع فلا يكتفى فيه
بها ههنا ولكن ذكر فى الكافى فى فصل الاستحقاق ما يدل على ان الصرف
بالافتراق لا عن قبض يفسد ولا يبطل حيث قال باع ابريقا بدينار وقبض
الابريق ونقد دينارا وافترقا فسد فى نصفه والكل ملكه نصفه بوصف الصحة

ونصفه

ونصفه بوصف الفساد وللبايع ان يسترد النصف فان غاب بايع الابريق
واستحق رجل نصف الابريق فهو شايع وهو خصم له لانه مملوكه هذا كلامه
وهكذا ذكر فى الذخيرة فالجمع بين هذا وبين ما ذكر فى الصلح ان بيع الدين
باطل وليس بفاسد مشكل **وجوابه** سياتيك ان شاء الله تعالى والله اعلم
قوله وفى تجويزه فواته اى فوات القبض المستحق **فان قلت** قد صح هبة بدل
الصرف والسلم والابراء عنهما مع انه يوجب فوات القبض المستحق **قلت**
صحة الهبة والابراء ليس باعتبار انه هبة وابراء بل باعتبار انه فسخ للعقد
الا يرى ان هبة الصرف ورأس مال السلم والابراء عنهما يتوقفان على القبول
لانه فسخ واحد المتعاقدين لا ينفرد به بخلاف هبة ساير الديون والابراء عنه
فانهما لا يتوقفان على القبول واذا ثبت انه فسخ وللمتعاقدين ولاية الفسخ
فيصح فسخا ثم هنا بحث ذكرناه فى السلم وهو ان الاستبدال ببدل الصرف
بعد الاقالة قبل القبض بحكمها جايز وفيه تفويت القبض المستحق اذ التقابض
فى اقالة الصرف شرط بالاجماع **قوله** وكان ينبغى ان يجوز العقد
فى الثوب الخ **فان قلت** ما وجه قوله هذا بعد ما اقام الدليل على فساد العقد
فى الثوب بقوله لان القبض مستحق حقا لله تعالى وفى تجويزه فواته **قلت** كان
هذا الوجه غير مرضى للمصنف رح لان القبض المستحق انما يفوت بشراء الثوب
ان لو وقعت المقاصة بين بدل الصرف وثمن الثوب بنفس العقد وليس كذلك
اذ من شرط التقاصى تجانس الدينين وهما هنا ليسا بمتجانسين لان بدل
الصرف يجب تعينه بالقبض وتعين بدل الثوب غير واجب ولا مجانسة بين العين
والدين فلما لم يقع المقاصاة بينهما امكن ان يدفع ثمن الثوب الى بايعه
ويقبض منه ما وجب له عليه من بدل الصرف فلا يفوت القبض المستحق
بشراء الثوب الا يرى انه لو اضاف السلم الى دين على المسلم اليه ثم نقد
رأس المال فى المجلس يصح السلم الا انهما لو افترقا من غير قبض بطل وكان
البطلان مضافا الى الافتراق من غير نقد لا الى الاضافة الى الدين كذا
هنا لو افترقا بلا قبض بطل الصرف للافتراق لا عن قبض لا بشراء الثوب
به فلما لم يكن فوات القبض مضافا الى شراء الثوب ينبغى ان يجوز الشراء
قوله وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز **وفيه بحث** اما اولا فلان هذا
انما يكون بيع المبيع قبل القبض اذا تعين البدل فى البيع الثانى وليس كذلك
واجيب عنه بان شبهة كونه متعينا ثابتة فى البيع الثانى من حيث تقدير
الثمن به فيكفى ذلك لسلب الجواز اذ الشبهة ملحقة بالحقيقة ولكن هذا الجواب
غير مرضى لان ما لا يتعين بالتعيين لو كان مبيعا من كل وجه لكان فى شراء الثوب به

شبهة التصرف في المبيع قبل القبض لكن بدل الصرف مبيع من وجه ثمن من وجه
فتنزل الشبهة الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة واما ثانيا فلان حرمة بيع المبيع
قبل القبض معلول بغرر الانفساخ حتى جاز بيع العقار قبل القبض
لانعدام الغرر فيه ولا يخفى انه لا غرر في شراء الثوب ببدل الصرف لانه
لا يتعين بالتعيين **قوله** ولكن يشترط القبض في المجلس يعني حقيقة او حكما
والمجلس قبل الافتراق بعد الذهاب عن المجلس با فحكما **قوله** والظاهر
منه الاتيان بالواجب وقد يشكل هذا بما اذا ضاق الوقت بحيث لا يسع
فيه الا الواجب وصلى فيه بمطلق النية لا يجزيه عن الفرض وان كان الظاهر
منه الاتيان بالفرض لا بالنفل وجوابه يخرج مما ذكر في البزدوي من قوله
ومن حكمه اي حكم كون وقت الصلوة ظرفا للمؤدى لا معيارا له انه لما لزمه
التعيين اي تعيين النية لما قلنا من تعدد المشروع لم يسقط اي نية التعيين
بضيق الوقت لان التوسعة افادت شرطا زايدا وهو التعيين فلا يسقط
هذا الشرط بالعوارض ولا بتقصير من العباد كذا في البزدوي وحواشيه
وتوضيحه ان تعيين النية هنا لما وجب على المكلف باعتبار توسع الوقت
ووجود المزاحم لم يسقط عنه بحكم الظاهر اذ الظاهر يكفي للابقاء دون
الرفع والاثبات والحاجة هنا الى سقاط ما وجب من تعيين النية
بخلاف مسئلة الجارية والطوق اذ البيع صحيح والحاجة الى بقائه اذ
التقابض شرط بقائه على الصحة في الصحيح من المذهب فلا يحكم بفساده
الا اذا افترقا لا عن قبض يقينا وهنا قد وجد الافتراق عن قبض بحكم
الظاهر ولو كان الافتراق عن قبض مع الافتراق لا عن قبض سواء في الاحتمال
لم يصح امنا الحكم بفساد البيع المنعقد على الصحة فكيف وجانب الافتراق
عن قبض راجح بحكم الظاهر واما في الحج فلم يسقط هناك التعيين بظاهر الحال
بل بدلالة العرف اذ التعارف هو الاشتغال بالفرض دون النفل
مع شغل الذمة بالفرض ولا عرف في الصلوة فان الانسان كثيرا ما يشتغل
بالنفل مع شغل الذمة بالفرض بل ربما يترك الصلوة مع القدرة عليه
بالكلية فلم يبق الحكم لسقوط التعيين من ذمته الا ظاهر حال المسلم بحكم
الديانة ولكن الظاهر لا يكفي لاسقاط الثابت هذا غاية ما يمكن هنا
والله اعلم نعم يشكل بما ذكر في المحيط حيث قال في فصل خيار العيب
وفي المنتقى رجل اشترى كر حنطة بعشرة دراهم ولم يدفع اليه الثمن حتى وجد
بالكر عيبا ينقص العشر فاراد رده فصالحه البايع على كر شعير بعينه فانه جايز
وحصة الشعير نقصان العيب وان كان تغير عينه ووصفه وسمي حله فهو باطل

لانه صار بمنزلة سلم لم يدفع اليه راس ماله فان دفع اليه عشر الثمن وقال
هذا حصة الكر الشعير فهو جايز والشعير سلم وكذلك اذا دفع اليه كل الثمن
ولو دفع اليه عشر الثمن ولم يقل هذا حصة الشعير فان الذي نقده عن جميع
الثمن فيثبت عشر كر الشعير ويبطل تسعة اعشاره هذا لفظه ووجه الاشكال
ان نقد راس المال واجب في المجلس مع انه لا يصرف اليه عند الاطلاق وايضا
لو صالح عن الف درهم وعشرة دنانير على الف درهم وعشرة دراهم على ان ينقد
خمسمائة والباقي الى اجل ثم نقد خمسمائة في المجلس لم يصح عند محمد رح لان العقد
في الدنانير صرف فقد صار التاجيل شرطا في الصرف فافسده والمسئلة
في الكافي في كتاب الصلح فقد حكم بفساد الصرف في الدنانير مع امكان ان يصرف
المنقود الى بدل الدنانير وما بقي الى استيفاء بعض الدراهم كما هو مذهب
ابي يوسف رح **قوله** والمباشرة على وجه الجواز هي الظاهرة منهما **فان قلت**
اذا كان عبد بين رجلين فباعاه جميعا بالف درهم ثم اشتراه جميعا قبل
نقد الثمن بخمسمائة جاز شراء كل واحد في ربعه لان كل واحد منهما اشترى
نصفا شايعا نصفه مما باع بنفسه ونصفه مما باع شريكه فصح الشراء فيما باع
شريكه لعدم المفسد وفسد فيما باعه بنفسه لوجود المفسد وينبغي ان يصح
شراء كل منهما في نصف العبد بان يصرف شراء كل الى نصيب شريكه تحريا للجواز
والصحة كما في المسئلة المذكورة **اجيب** بان الفساد بسبب شراء ما باع باقل مما
باع فساد خفي لكونه مجتهدا فيه فلا يظهر قصد العاقدين الى وجه صحيح شراء كل
في نصفه بخلاف مسئلتنا فان فساد الصرف بسبب التاجيل فساد ظاهر
والظاهر من العاقد في مثله الاحتراز عنه **قوله** وكذا لو باع سيفا محلى
بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع الى ان قال وهذا اذا
كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه **فان قلت** روي عن فضالة قال اشتريت يوم خيبر
قلادة باثني عشر دينارا فيها ذهب وخرز ففصلتها فوجدت فيها اكثر من اثني عشر
دينارا فذكرت ذلك للنبي عليه السلام فقال لا تباع حتى تفصل ففيه نهي عن بيع الذهب
بالذهب ومع احدهما شيء غير الذهب مطلقا سواء كان الذهب اكثر من الذهب
الذي في السلعة او اقل فما ذكر من انه يجوز اذا كان الثمن اكثر مما في السلعة قياس
يرده النص **اجيب** بان المقصود من الفصل هو العلم بما فيه من الذهب فاذا كان
معلوما كفينا مؤنة الفصل فكان المراد بحكم الدلالة لا يباع حتى يعلم ما فيه من الذهب
فيباع على وجه لا يلزم الربوا فلا يكون القياس مخالفا للنص بل موافقا للدلالة
قوله وكذا لو قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لانه قد يعبر بالمثنى عن الواحد
قلت فيه اشارة الى انه لو قال خذ هذا الخمسين من ثمن السيف بطل العقد

في الحلية ولكنه يشكل بما لو صالح الامام مع الكفار على ان يأخذ كل المال من اراضيهم دون جماجمهم او من جماجمهم دون اراضيهم لا يصح لان فيه اهمال جماجم الكفار من الجزية او اخلاء اراضيهم عن الخراج وذا باطل ويقسم المال على الجماجم والاراضي بترتيب مر لان الشرط بطل وبقي الصلح فصار كانه اجمل البدل واطلق العقد كذا في الكافي في السير في فصل ذكر بعد باب الجزية ووجه الاشكال انه كما لا يجوز اهمال واحد من الجماجم والاراضي عن الجزية والخراج لا يجوز الافتراق بلا قبض بدل الصرف فكما يحكم ببطلان تعيين المال بمقابلة الجماجم او الاراضي ويجعل العقد مطلقا احترازا عن المحرم وجب ان يحكم ايضا ببطلان تعيين النقود في مسئلة السيف المحلى بمقابلة السيف وجعله مطلقا احترازا عن ارتكاب المحرم قوله وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية فان قلت فيه تفريق الصفقة قبل القبض قلت تفريق الصفقة هو ان يقبل احدهما وترك الاخر وهنا لم يترك الاخر بل يجعل هي مبيعة لفوات الشرط وبعض المبيع اذا خرج عن المبيع لا يؤثر في بطلان العقد في الاخر كما اذا مات احد العبدين قبل القبض فالعقد في العبد الباقي باق لان الذي مات قبل التسليم صار كانه هلك قبل البيع وورد العقد على الباقي مفردا كذا في الحاشية الشاهانية قلت اما السؤال فغير موجه لانه ان اراد ان فيه تفريق الصفقة قبل القبض فينبغي ان يفسد العقد في السيف ايضا فلما عرف ان تفريق الصفقة لا يوجب فساد العقد بل يوجب الخيار اشار اليه المصنف فيما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة القفزان انصرف الى قفيز واحد حيث قال ثم اذا جاز البيع عند ابي حنيفة رح في قفيز واحد فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه ههنا لفظه فقد اثبت عند تفرق الصفقة الخيار دون الفساد وان اراد ان فيه تفريق الصفقة فينبغي ان يكون له الخيار في السيف فلان المصنف رح لم يتعرض للخيار لا اثباتا ولا نفيا فكيف يتجه عليه سؤال ثبوت الخيار وعدمه مع ان عدم ثبوت الخيار للمشتري في هذه الصورة في السيف غير مسلم ولو سلم فعدم الخيار باعتبار ان هذا التفرق جاء من قبله حيث ترك النقد وانه فعله واما الجواب فغير سديد لان المصنف قد اثبت تفريق الصفقة في مسئلة الصبرة مع انه ليس من قبيل قبول العقد في احدهما وتركه في الاخر وانه ظاهر فعلم ان تفرق الصفقة عبارة عن بقاء العقد في البعض دون الكل وفيما اذا مات احد العبدين قبل القبض تتفرق الصفقة ايضا والظاهر انه مخير في الباقي قوله والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق وقد يقال بيع الدين بالدين باطل الا انه اذا تقابضا البدلين

في المجلس

في المجلس تعينا بالقبض والتعين في المجلس لكون ساعاته كساعة واحدة كهو في صلب العقد فيجب ان يكون الامر مراعى ان تقابضا قبل الافتراق ظهر انه كان صحيحا والاظهر انه كان فاسدا فالصحة او الفساد يظهر من الاصل لا انه يصح في الحال ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وذلك ان المصحح للعقد هو التعين في صلب العقد حتى يحكم بالصحة وانه لم يظهر وجوده بل هو يحتمل الظهور ويحتمل عدمه قوله ومن قضية الانقسام على الشيوع وحينئذ يجوز ان ينقسم الدرهم بمقابلة الدرهمين والدينارين بمقابلة الدينار وهو ربوا كما جاز عكسه فلا اقل من شبهة الربوا وفيه بحث لان الانقسام يقتضي ان ينقسم كل جزء لا يتجزى من احد المجموعين بمقابلة كل جزء لا يتجزى من المجموع الاخر ولا ربوا في مقابلة كل جزء من هذا بجزء من ذاك وهذا اذا استوى الجملتان اجزاء ظاهر وكذا اذا تفاوتا اذ لا ربوا في بيع جزء غير متجز بجزئين غير متجزئين اذ المحرم التفاضل وزنا والجزء الفرد لا يدخل تحت الوزن قوله وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز قلت القياس على هذه المسئلة انما يستقيم على قول زفر رح لا على قول الشافعي لان شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جايز عنده او هو قياس على قوله ايضا لكن على زعمنا ردا للمذهب لا تصحيحا للمذهب قوله وانه طريق متعين لتصحيحه فان قلت ليس بمتعين لامكان ان يقابل درهم من درهمين بمقابلة درهم ودينار من الدينارين بمقابلة دينار ودينار من الدينارين بمقابلة درهم باق من الدرهمين قلت ما قلنا متعين للصحة لقلة وقوع التغيير وذلك لان فيما ذكرنا تغييرين صرف درهم الى دينار ودينارين الى درهمين وفيما ذكرت ثلث تغييرات وهو صرف درهم الى درهم ودينار الى دينار ودرهم الى دينار فكان اقل تغييرا متعينا للتصحيح كذا في الشرح قوله بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا لتصرفه اصلا كذا في الكافي قلت هذا الجواب ان كان يستقيم على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لانهما يجعلان التولية والمرابحة اصلا في العقد فهو لا يكاد يستقيم على قول محمد رح لانه يجعلهما وصفين مرغوبين كوصف السلامة حتى لو اطلع المشتري على خيانة في التولية او المرابحة فهو بالخيار عنده فيهما وعلله في الكتاب بان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا كوصف السلامة فيتخير بفواته فلما كانت المرابحة وصفا مرغوبا ينبغي ان تصحح البيع عنده في القلب بصرف الربح كله الى الثوب لانه تغيير الوصف لتصحيح الاصل الا ان يقال المرابحة وان كانت وصفا عند محمد رح فهي وصف مرغوب وكما لا يجوز التغيير

بابطال الاصل لا يجوز بابطال الوصف المرغوب ايضا قوله والطريق في المسئلة
الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى فان قلت
كما تكثر جهات الصحة ههنا تكثر جهات الفساد ايضا لانك لو جعلت بمقابلة
المشترى الفا لم يجز ثم فثم قلت لا بل طريق الفساد هنا متعين وهو الشراء باقل
مما باع فايا ما فرضت لا يكون الفساد الا به اما الجواز فله طريقان احدهما
الشراء بمثل ما باع والثاني باكثر مما باع ثم التحقيق فيه ان يقال انا لا نحكم
ههنا بالفساد مطلقا بل نرجع الى الانقسام بالقيمة فان كان ما يخص المشترى
اقل مما اشترى لا يجوز وان كان مثله او اكثر جاز الى هذا اشار المصنف رح
في مسئلة ما اذا اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل
نقد الثمن بخمسمائة يبطل البيع في المشترى ولا يشيع الفساد حيث قال لان الفساد
هنا طارئ يظهر بالانقسام اى انقسام الثمن على قيمتيهما فهذا اشارة الى انه لو كان
ما يخص المشترى اكثر مما اشترى ومثله لا يظهر الفساد اصلا واليه اشير
في المبسوط ايضا حيث قال في مسئلة العبدين ان معنى المعاوضة يتحقق هناك
فان جهات الجواز تكثر فيجب المصير الى الانقسام بالقيمة فقولنا يجب المصير
الى الانقسام بالقيمة دليل على ان البيع في العبد المشترى ليس بفاسد على الاطلاق
بل يجب الرجوع الى انقسام الثمن على نحو ما قلنا والدليل على ان الثمن ينقسم
بحسب القيمة انه لو اشترى عبدين فقبضهما ثم استحق احدهما يرجع على البايع
بما يخص المستحق من الثمن بعد قسمته على قدر قيمتيهما وكذا لو وجد باحدهما
عيبا ورده خاصة رجع بما يخصه من الثمن بعد القسمة بحسب القيمة وكذا
لو جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما يدخل عبده في البيع ثم يخرج ويقسم
الثمن عليهما بقدر قيمتيهما وبالجملة ان قسمة الثمن على العبدين مثلا بحسب
القيمة لا بحسب الرؤس وذلك منصوص في غير موضع ولما كان الثمن منقسما
على العبدين بحسب القيمة لم يصح الحكم بفساد البيع في العبد المشترى فيما اذا
اشترى عبدا بالف ثم باعه من البايع واخر معه بالف وخمسمائة مطلقا
بل يجب فيه التوقف حتى يقسم الثمن عليهما بقدر قيمتيهما فان اصاب المشترى
الفا او اكثر صح وان اصابه اقل بطل وكان جهة الصحة والفساد متعينة بعد
الانقسام لا كما ذكر هنا من الحكم بفساد بيع المشترى بالف مطلقا باعتبار
ان جهات التصحيح فيه متعارضة الا ان يقال معنى قوله لا يجوز في المشترى
انه لا يحكم بجواز العقد فيه في الحال يعني قبل قسمة الثمن عليهما بحسب القيمة وان
امكن الحكم بصحة صرف الالف اليه لان التصحيح كما يمكن بصرف الالف اليه
يمكن بصرف الالف وشئ اليه فتعارضت جهات التصحيح فبطل التصحيح

لانه

لانه بجميع الجهات متعذر وبالبعض ترجيح بلا مرجح فيجب التوقف الى ان يظهر
الحال بانقسام الثمن عليهما بحسب القيمة وعن هذا لم يقل فسد العقد في المشترى
بل قال لم يجز في المشترى بمعنى لم يحكم بالجواز في الحال مع امكان التصحيح والله اعلم
قوله والمعين ضده مشكل فانه لو قال لعبده ودابته هذا حر او هذا انه
يعتق العبد لانه يحتمل التعيين حتى لزمه التعيين فيما اذا قال لعبديه احدكما
حر والعمل بالمحتمل اولى من الاهدار بجعل ما جعل لحقيقته مجازا عما يحتمله ان
استحالت حقيقته كذا ذكر الامام فخر الاسلام على البزدوي رح وانه تنصيص
بانه لا تضاد بين المنكر والمعين وان استعارة المنكر للمعين جائز عند تعذر
الحقيقة واما ابو يوسف ومحمد رح فانهما لا يقولان بعتق العبد ولا يحملان
الكلام على المعين لاستحالة الحقيقة لان تصورها شرط للمصير الى المجاز عندهما
لا لان المنكر يضاد المعين ولهذا لو قال لعبده وعبد غيره احدكما حر ونوى
عبده جاز بالاتفاق بل ذكر في المبسوط انه انما لا يعتق العبد عندهما فيما
اذا قال لعبده ودابته احدكما حر اذا لم ينو شيئا اما اذا نوى عبده يعتق عندهما
ايضا والنية انما تصح فيما يحتمله الكلام وايضا اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره يصرف الى نصفه خاصة مع ان النصف مطلق وقد اريد به المعين
ولا فرق بين ان يراد باحدهما المعين منهما وبين ان يراد بالنصف المطلق المعين
منه وليس في الحمل على المعين تغيير المحل اذ المبيع هو احدهما وبعد التعيين يكون
المبيع هو احدهما معينا فيتغير من وصف التنكير الى وصف التعيين وتغير الوصف
للتصحيح جائز قوله وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء
اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلاف جنسه للتصحيح وهو صحيح
بدونه فان قلت يصرف الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف هنا لينعقد
صحيحا قلت الفساد ثمة موهوم لجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا متحقق
كذا في الكافي وهذا الذي ذكر يصلح جوابا للمسئلة الثانية ايضا لان
الفساد هناك موهوم في الحال لانه انما يظهر في حالة البقاء بانقسام الثمن
على قيمتيهما ويجوز ان يكون ما يخص المشترى من الثمن اكثر مما اشتريا ومثله
فلا يفسد البيع فيه فلا يصرف الالف اليه دفعا للفساد الموهوم كما لا يصرف
الجنس الى خلاف جنسه في المسئلة الاخيرة فان قلت ما وجه التفصي عن الاخيرة
عند من يرى القبض شرطا للصحة دون البقاء عليها قلت من جعل القبض
شرط الصحة فهو ايضا لا يحكم بالفساد قبل الافتراق بل الحال عنده مراعى
ان افترقا بلا قبض فسد من الاصل وان تقابضا قبل ان يفترقا ظهر الصحة
من الاصل فلا حاجة الى تصحيح العقد بصرف الجنس الى خلاف جنسه لعدم ظهور الفساد

بدونه لجواز ان يتقابضا فى المجلس فيظهر انه كان صحيحا فلان يكون صرف الجنس
الى خلافه متعينا للتصحيح قوله فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول
والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفيه بحث
لما مر انه لو اشترى ثوبا ببدل الصرف قبل القبض لم يصح لما فيه من تفويت
القبض المستحق او التصرف فى المبيع قبل القبض لان كلا من بدلى الصرف مبيع
وعلى ما ذكرنا هنا من ان التقاصى لما تضمن الاستبدال ببدل الصرف
يتضمن فسخ الاول والاضافة الى الدين يجب ان يصح شراء الثوب ويتضمن
ذلك فسخ الصرف تحرزا عن التصرف فى بدل الصرف وعن تفويت المستحق
قوله والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء قلت الاضافة الى الدين توجب
المقاصاة من غير تقاصى فتقديرها يبطل التقاصى والمقتضى يجب ان يكون
مصححا للمذكور لا مبطلا له والجواب ان التقاصى وان كان يبطل لما هو
المقصود منه وهو امتناع المطالبة من الجانبين تحقق فصار التقاصى
متحققا حكما قوله ولكنه صرف فان قلت لما صرف الجنس الى خلافه
لم يبق صرفا اذ الصرف هو بيع الذهب والفضة بالذهب والفضة اجيب
بان ظاهر العقد صرف غير انه صرف كل جنس الى خلافه لضرورة تصحيح
التصرف فيما وراء التصحيح يعتبر الظاهر فيشترط القبض وقد يقال لو كان
الظاهر معتبرا فى اشتراط القبض اورث ذلك شبهة الربوا وكما يجب التحرز
عن حقيقة الربوا يجب التحرز عن شبهته ايضا فالظاهر ان المصنف رح
جعل بيع الاثمان الاصطلاحية ايضا صرفا كما هو مختار بعض المشايخ
فى بيع الفلس بالفلسين او بالفلس حتى شرط التقابض فيه وان كانا عينين
كما ذكرنا نقلا عن الذخيرة فى اول الكتاب قوله واذا شرط القبض فى الفضة
يشترط فى الصفر لانه لا يتميز الا بضرر قلت هذا يشير الى انه لو باع سيفا
محلى بالفضة التى لا تتخلص الا بضرر يشترط القبض فى السيف ايضا بعين
هذه العلة التى ذكرت هنا من انه لما شرط فى الفضة لكونه صرفا فيها يشترط
فيما لا يتخلص عنه الا بضرر ايضا قوله ثم هى ما دامت تروج يكون اثمانا
لا يتعين بالتعيين عند ابى حنيفة وابى يوسف لان الثمنية فيهما يثبت
باصطلاح العاقدين فيبطل باصطلاحهما وغالب الغش فى حكم الفلوس
كما مر فيجب ان يتعين بالتعيين عندهما كالفلوس قوله كما اذا اشترى
بالرطب وانقطع اوانه فانه لا يفسد البيع فى الصحيح وقد حكى الشيخ الامام
ظهير الدين عن استاذه ان العيب اذا كان ثمن مبيع يفسد البيع بانقطاعه
قبل التسليم ولا يبقى للبايع حق المطالبة بالعيب بل يجب على المشترى رد المبيع

ثم قد مر ان الفلوس الرائجة يتعين بالتعيين
صح

ان كان

ان كان قائما ورد قيمته ان كان هالكا والفرق لابى حنيفة على الرواية
الصحيحة بين انقطاع الرطب والعنب اذا جعل ثمنا وبين كساد الدراهم
المغشوشة قبل التسليم هو ان العود فى الرطب ثابت من غير صنع العباد
ولا كذلك الدراهم قوله فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل اى فيفسد وليس المراد منه
حقيقة البطلان لانه لما بطلت ثمنية الدراهم المغشوشة فغاية الامر انه
بقى بيعا بلا ذكر ثمن لا بيعا مع نفى الثمن والبيع مع نفى الثمن ان كان باطلا
فى رواية فالبيع مع عدم ذكر الثمن والسكوت عنه فاسد وليس بباطل
صرح به المصنف رح فى كتاب الوصايا قبيل فصل فى اعتبار حالة الوصية
حيث قال الثمن فى البيع تابع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا
وفى خزانة الفقه باع بغير ثمن هل ينعقد فيه روايتان واجمعوا انه اذا
سكت عن ذكر الثمن ينعقد والله اعلم قوله عند ابى حنيفة رضى الله عنه
خلافا لهما فى الشرح هذا مخالف لرواية الاسرار والمبسوط وشرح الطحاوى
حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف
بين اصحابنا الثلثة فقال فى الاسرار اذا اشترى شيئا بفلوس فى الذمة
فكسدت قبل القبض بطل الشرى عندنا وقال زفر رح لا يبطل الى اخره قلت
غالب الغش ليس كالدراهم بل هو فى حكم الفلوس ثم كساد المغشوشة يوجب
بطلان البيع عند ابى حنيفة خلافا لهما فكذا كساد الفلوس فاما الفرق
بين كساد المغشوشة وكساد النافقة عند ابى يوسف ومحمد رح فلا يعقل
له وجه فلو ثبت الاتفاق بين العلماء الثلثة فى بطلان البيع عند كساد
الفلوس كما هو ظاهر رواية الاسرار كان ذلك رواية عنهما فى بطلان البيع
عند كساد المغشوشة وما ذكر من مذهبهما فى المغشوشة من عدم بطلان البيع
ولزوم قيمتها فذلك رواية منهما فى الفلوس النافقة اذا كسدت قبل القبض
فلا يحتاج الى الفرق والله اعلم قوله نظرا اى تم نظرا للمستقرض لان
قيمته يوم الاستقراض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وكذا فى حق المقرض
بالنظر الى قول ابى حنيفة كذا فى الكافى وقد يقال لا يلزم ان يكون قيمته يوم
الاستقراض اكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو قيمة اخر ما تعامل الناس بل يجوز
ان يكون الامر بالعكس الا ان يقال الكساد يكون بالتدريج وكلما ينتقص
الرواج ينتقص قيمته غالبا فيكون قيمته يوم الاستقراض اكثر غالبا لانه حينئذ
اروج من قيمته قبيل الكساد المطلق فيكون قيمته يوم الاستقراض انظر للمستقرض
وقيل نظرا هنا بمعنى اكثر نظرا اى قياسا فالقياس قد يسمى نظرا لانه من طريق
النظر والتدبر فيكون انظر واقيس بمعنى قوله ايسر اى للمفتى لان قيمته

يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج كذا فى الكافى وفيه ايضا شبهة ظاهرة تعرف بالتامل **قوله** وعلى قياس قول ابى حنيفة رض بطل فى الكل لان الصفقة متحدة وهذه دلالة صادقة على ان الصفقة لا تتفرق بتفرق الثمن ما لم يكرر لفظ البيع فعلى هذا قوله فى اول البيوع انه اذا بين ثمن كل واحد كانت صفقتان معنى محتاج الى التاويل وقد بيناه **قوله** ولو كرر لفظ الاعطاء بان قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الا حبة كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان وفساد احد العقدين لا يوجب فساد الاخر بمنزلة ما لو قال لغيره بعنى بنصف هذا الالف عبدا وبنصفه كذا بطلا من خمر لا يبطل العقد فى العبد لان الصفقة متفرقة وحكى عن الفقيه ابى جعفر الهندوانى انه لا يصح العقد وان كرر لفظ الاعطاء لما ان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرقت بتكرر قوله اعطنى ولا وجه اليه لان قوله اعطنى مساومة وبتكرار المساومة لا يتكرر البيع الا يرى ان بذكر المساومة لا ينعقد البيع حتى ان من قال لغيره بعنى فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بذكر المساومة فبتكراره كيف يتكرر فكانت الصفقة واحدة كذا فى الشرح **قلت** الكلام فيما اذا دفع الدرهم الى الصيرفى اولا على وجه البيع ثم قال اعطنى بنصفه فلوسا واعطنى بنصفه نصفا الا حبة ولا يخفى ان قوله اعطنى فى هذا الموضع لا يحتمل المساومة فيحمل على الايجاب كما ان بعنى متى لا يحتمل المساومة يحمل على الايجاب فقد ذكر فى المبسوط انه اذا كتب اليه بعنى كذا وكذا فقال بعت تم البيع وذكر فى بعض الشروح وجهه ان قوله بعنى من الحاضر يكون استياما عادة اما من الغايب فيكون احد شطرى العقد فاذا ضم اليه الشطر الثانى تم البيع وكذا لو قال المريض ثم تكفل عنى بما على من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز اقامة للمريض مقام الغريم كما سيجئ ولا يشترط القبول لانه يراد بقوله تكفل تحقيق دون المساومة ظاهرا فى هذه الحالة فالحاصل ان نحو اعطنى وبعنى يحتمل ان يحمل على الايجاب بقرينة ودفع الدرهم الى الصيرفى على وجه البيع قرينة على ان قوله اعطنى ايجاب وليس بمساومة او نقول قوله اعطنى ان كان لا يصلح ايجابا كقوله بعنى فلا شك ان تكرار اعطنى يصلح دليلا على تكرار العقد المنعقد بالتعاطى وهنا انعقد العقد بدفع الدرهم اليه على وجه البيع اذ التسليم على وجه البيع يكفى لانعقاده بالتعاطى فكانه قال دفعت اليك نصفه لتعطينى به فلوسا ودفعت نصفه الاخر لتعطينى به نصفا الا حبة وتفريق الدرهم فى الدفع متعذر فجعل التفريق فى القول قايما مقام التفريق فى الفعل

كتاب الكفالة

قوله هى ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة اى فى مطالبة الدين واصل الدين فى ذمة الاصيل كذا فى الحاشية والاولى اطلاق المطالبة من التقييد بالدين لان الكفالة كما تصح بالديون تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب ونحوها كالمبيع فى حق التسليم وتصح فى النفوس وليس فى الكفالة فى النفوس الا التزام تسليم النفوس الى المكفول له **قوله** وقيل فى الدين وهو قول الشافعى لان المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل **قلنا** هو منقوض بالوكيل بالشراء حيث يطالب بالثمن وهو على الموكل ولهذا يصح ابراء الموكل عنه كذا فى الشاهى **قلت** الوكيل بالشراء غير مطالب بالثمن عند الشافعى لما سيجئ من مذهبه ان الحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل فلا ينتقض قوله بالوكيل بالشرى ولو سلم ان الوكيل مطالب بالثمن عنده كما هو اظهر الروايتين عنه فلا نسلم ان الثمن غير واجب على الوكيل فى تلك الرواية وايضا ان علماءنا صرحوا فى غير موضع بان الثمن يجب فى ذمة الوكيل بالشرى دون الموكل فقد ذكر فى الذخيرة ان شراء الوكيل يوجب دينين دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل وهكذا ذكر الشارح فى المضاربة فى اول فصل العزل والقسمة فقال ان شرى الوكيل يوجب الثمن عليه للبايع وله على الموكل والى هذا اشار المصنف فى المضاربة قبيل الفصل فى الاختلاف يظهر ذلك بالتتبع وذكر بعض الشارحين فى الفرق بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشرى من حيث ان التوكيل بالشرى يتقيد بمثل القيمة دون التوكيل بالبيع فقال ان الامر فى التوكيل بالشراء يلاقى ملك البايع وذمة المامور ولا ملك للامر فيهما فينبغى ان لا يصح وانما صح للحاجة وهى تندفع بمثل القيمة فلا يثبت مطلقا فهذا اشارة الى ان الثمن يجب فى ذمة الوكيل دون الموكل واما ابراء البايع الموكل عن الثمن فقد ذكر فى الذخيرة انه ينبغى ان لا يصح لان من اصلهم ان شرى الوكيل يوجب دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل فكان الابراء من البايع تصرفا فى حق الوكيل ولكن الوجه فيه ان الوكيل بالشرى انما انزل بمنزلة البايع من الموكل فى الحقوق التى لا ينفك العقد عنها اما فى التى ينفك عنها فالموكل كالمشترى من البايع وابراء الموكل من الثمن من الاحكام التى ينفك البيع عنها فيجعل الموكل فى حقه مشتريا من البايع لا من الوكيل فكان هذا تصرفا من البايع فى حقه فيصح هذا كلامه وذلك يرد ما ذكر فى الشاهى وفى الذخيرة فى الفصل الخامس من الكفالة ما يخالف المذكور فيه فى الوكالة حيث قال وليس من ضرورة توجه المطالبة وجوب الدين الا يرى ان الوكيل بالشرى يطالب بالثمن واصل الثمن على الموكل الا يرى ان ابراء البايع الموكل عن الثمن صحيح هذا لفظه وهو مما يقضى به العجب حيث صرح فى الوكالة بان شرى الوكيل

قوله

يوجب دينا على الوكيل ودينا له على الموكل واعتذر عن صحة ابراء البايع الموكل
بما ذكرنا ثم استدل بتوجه المطالبة على الوكيل مع كون الثمن على الموكل على انه
ليس من ضرورة توجه المطالبة بالدين وجوبه على المطلوب وتمسك بصحة ابراء
البايع الموكل ولئن كان ذلك بناء على اختلاف الروايتين فلا شك انه مع كونه
محل النزاع لا يصلح للاحتجاج فان للخصم ان يلتزم وجوب الثمن على الوكيل
فلا يصلح احتجاجا عليه **قوله** لان النفس الواحد في حق الكفالة لا تتجزى
وتحقيقه ان الجزء الشايع مما لا بد للذات منه فما كان الذات محلا للاضافة
اليه كان كل جزء من اجزائه محلا له ضرورة ان الذات عبارة عن جميع الاجزاء
الشايعة فلو لم يكن كل جزء منه محلا له لم يكن الذات محلا له ايضا ومتى كان
كل جزء محلا للاضافة صحت الاضافة اليه ثم ينظر ان كان الحكم المضاف
الى ذلك الجزء مما يمكن ان يتعلق به بدون التعلق بالكل اقتصر عليه ولا سرى
الى الكل اما الجزء المعين فليس بلازم للذات فلا يلزم من صحة اضافة الحكم الى الذات
صحة الاضافة اليه وحيث لم يصح الاضافة اليه لا يسري الى الكل الا ان يعبر
به عن جميع الذات فيصح الاضافة اليه من حيث انه اضافة الى الذات معنى **قوله**
بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته حيث لا يكون كفيلا لانه التزم المعرفة
دون المطالبة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يكون كفيلا
وعلى هذا معاملة الناس ولو قال اشناي فلان بر منست قال الفقيه ابو جعفر
يصير به كفيلا وقال ابو الليث لا يصير به كفيلا وبه اخذ الصدر الشهيد
وفي فتاوى قاضيخان وما قال الفقيه اقرب الى العرف وعامة المشايخ
قالوا لو قال اشناي فلان بر منست يكون كفيلا وكانهم فرقوا بين العربية
والفارسية **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته بان قال دفعت
نفسي اليك من كفالة فلان ولو لم يقل ذلك لا يبرا **فان قلت** اذا كفل رجل بنفس رجل
كفالة واحدة فدفعه احدهما الى الطالب يبرآن جميعا **قلت** فيه روايتان
فلنا ان نمنع ولو سلم فالكفيلان بكفالة واحدة ككفيل واحد فكان تسليم
احدهما كتسليمهما واما المكفول عنه والكفيل فجهة تسليمهما مختلفة فلا ينوب
تسليم الاصيل عن الكفيل الا اذا سلم من جهة كفالته **قوله** لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر **فان قلت** يشكل على قول الشافعي الكفالة بالدرك
فانه جايز بالاجماع وانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان صورتها ان
يقول للمشتري ان لحق تحقق درك فيما اشتريته فانا كفيل به **اجيب** بان
ما ذكر الشافعي فهو جواب القياس واما الكفالة بالدرك فجايز اجماعا على خلاف
القياس **قوله** ويشبه النذر **فان قلت** صحة التعليق لا تلزم النذر الا يرى

ان النذر بالاعتكاف مما لا يقبل التعليق نص به في كنز الدقايق حيث ذكر
الاعتكاف في التصرفات التي تبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها بالشرط
وذكر في الحاشية ان المراد بالاعتكاف ايجابه حتى لو قال ان قدم فلان فلله علي
ان اعتكف رجبا لا يصح ولا يلزم فلا يكون شبيهه بالنذر موجبا لصحة تعليقه
بالشرط مطلقا **قلنا** هذا غير مسلم فان النذر بالاعتكاف كالنذر بالصوم
وقد صح تعليق النذر بالصوم بالشرط فيجب ان يصح تعليق النذر بالاعتكاف
ايضا اذ لا فرق بين النذر به والنذر بغيره من العبادات والظاهر ان
المراد بالاعتكاف المذكور في الكنز من التصرفات التي تبطل بالشرط ولا يصح
تعليقها بالشرط فعل الاعتكاف بان قال اذا قدم فلان فانا معتكف **قوله**
عملا بالشبهين وقد يقال شبهه بالبيع يكفي لصحة تعليقه بالشرط المتعارف
دون غيره اذ البيع يصح تعليقه بالشرط المتعارف كما قلنا في الرجل اشترى حطبا
بشرط ان يوافيه الى منزل المشتري كان البيع جايزا استحسانا لغلبة العرف
فيه وان كان العقد لا يقتضي الايفاء الى منزله وكذا لو باع بشرط ان يكفل
فلان وفلان حاضر في المجلس فكفل او باع بشرط الرهن والرهن متعين
في المجلس جاز العقد استحسانا لغلبة العرف وجوابه ان تعليق الكفالة
يصح بشرط ملايم وان لم يكن فيه عرف ظاهر وتعامل فيما بين الناس بخلاف
البيع فان تعليقه انما يصح بشرط تعامل الناس عليه والتعامل يترك به
القياس فلو لم يعتبر شبه النذر لم يصح تعليق الكفالة بشرط ملايم مطلقا
قوله ومن كفل بنفس اخر وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات
المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة واعترض
بان شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس
على حالها الا يرى ان الطالب لو ابرأ الكفيل عن الكفالة قبل انقضاء المدة
في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء انفسخت الكفالة بالنفس
فكذلك هنا انفسخت الكفالة بالموت وبان هذه المسئلة وزان ما
اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فاهراق
الماء قبل الليل لا يقع الطلاق عند ابي حنيفة ومحمد رح فعلى قياس هذه المسئلة
ينبغي ان لا يلزم المال في مسئلة الكفالة اذا مات المكفول عنه في المدة
واجيب عن الاول بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له
فبالابراء ينفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة
بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عنه ولا ضرورة الى القول بانفساخها
في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق وعن الثاني

بان تصحيح الكفالة هنا بالتقديم والتاخير بان يجعل كانه كفل بالمال في الحال
ثم علق البراءة عنه بالموافاة بالنفس والموافاة بالنفس لا توجد بالموت
فبقي المال واجبا بالكفالة ولا حاجة الى التقديم والتاخير في اليمين
بالطلاق لان الطلاق يحتمل التعليق بالشرط وبعد الوقوع لا يحتمل
الرفع الى هذا اشير في الشرح **وفيه نظر** اما اولا فلان التعليق
بعدم الموافاة متعارف والكفالة في احتمال التعليق بالشرط كالتعارف
كالطلاق فلا حاجة في تصحيحها الى الحمل على التقديم والتاخير كما لا حاجة
اليه في اليمين بالطلاق واما ثانيا فلان تصحيح الكفالة بالتقديم
والتاخير سعي في شغل ذمته والاصل براءتها الا يرى ان الكفالة
بالعهدة باطلة بالاتفاق لاشتباه في اللفظ وان امكن تصحيحها بصرفها
الى ما يصح الضمان به وهو الدرك ولكن لما كان فراغ الذمة اصلا لم يصح
فينبغي ان لا يصح في مسئلتنا بالتقديم والتاخير ايضا لما فيه من شغل الذمة
واما ثالثا فلانه لو جعل كانه كفل بالمال في الحال ثم علق البراءة عنه
بالموافاة بالنفس لزمه المال اذا ابرأ الطالب الكفيل عن الكفالة بالنفس
والمسئلة بخلافه وجوابه ان الكفيل هنا جعل كفيلا عن المال
بشرط ان يبرأ عنه بموافاة النفس بحكم الكفالة بالنفس ومتى براءه عن الكفالة
فقد سد على الكفيل طريق الوصول الى البراءة عن المال بموافاة النفس
بحكم الكفالة بالنفس فجعل مبرءا عن المال ايضا دفعا للضرر عن الكفيل وبهذا
خرج الجواب عن الاشكال الاول من الاشكالين المذكورين في الشرح واما
رابعا فلما سياتيك ان البراءة من الكفالة لا يجوز تعليقها بالشرط فكيف
يجعل كانه كفل بالمال ثم علق البراءة عنه بموافاة النفس والبراءة عنه لا يحتمل
التعليق بالشرط وجوابه ان المراد بالبراءة التي لا يجوز تعليقها بالشرط
هو الابراء نحو ان يقول الطالب للكفيل اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة
فاما تعليق الكفيل براءة نفسه بشرط فلا نسلم انه غير جائز الا يرى ان المصنف رح
علله بوجود معنى التمليك فيه حيث قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة
بالشرط لما فيه من معنى التمليك ولا يخفى ان معنى التمليك انما يكون في ابراء الطالب
كفيله دون براءة الكفيل فيجوز تعليقه بالشرط ومسئلة جواز تعليق براءة
الكفيل بالشرط مذكورة في الايضاح على ما يجيء في الشرح ثم اجيب
في الشاهان عن الشبهة الثانية بان ثبوت الكفالة بالمال معلق بعدم
موافاة يقدر عليها كما في مسئلة الكوز الا ان الموافاة التي يقدر عليها
باقية في اليوم بعد موت المكفول به لان في موافاة النفس موافاة المال معنى

من حيث

من حيث انه سبب الوصول الى المال والقدرة على موافاة المال معنى باقية
من اول اليوم الى اخره بعد موته واذا بقيت القدرة تحقق عدم موافاة
يقدر عليها من اول اليوم الى اخره وصار تقديرها ذكر من الكفالة ان لم اوافك
المال معنى فانا كفيل بالمال حقيقة ومعنى فاما في مسئلة الشرب يفوت
القدرة بفوات الماء على شرب ذلك الماء حقيقة وحكما الا يرى انه لو مات
الحالف في مسئلة اليمين قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق وههنا لو مات
الكفيل قبل الموافاة ثم مضى اليوم لزمه الكفالة الى هنا لفظه **وفيه نظر**
لانه ان جعل الشرط عدم الموافات بالنفس ثم يعتبر القدرة على موافاة
المال قدرة على موافاة النفس معنى فنقول هذا غير مفيد لان الموافاة
بالنفس ان كانت مقدورة بعد موت المكفول به معنى فهي ليست بمقدورة
حقيقة فبالنظر الى انها مقدورة معنى يجب ان يلزمه الكفالة بالمال لتحقق
الشرط وهو عدم الموافاة مع القدرة عليها وبالنظر الى انها غير مقدورة
حقيقة يجب ان لا يلزمه الكفالة والاصل في الذمة البراءة فلا يلزم
بالشك وان جعل الشرط عدم الموافاة بالمال معنى فاما ان يجعل عدم
الموافاة معنى فقط فذلك ليس لا تسليم النفس وانه عاجز منه بعد موت
المكفول به واما ان يجعل اعم من ان يكون معنى فقط او حقيقة ومعنى فيجب
ان لا يلزم الكفالة بالمال لو وفى الكفيل المال في الغد دون النفس
مع القدرة على تسليم النفس ولم يقبل المكفول له من حيث انه متبرع ومن تبرع
باداء دين الغير فللدائن ان لا يقبل وذلك ممنوع فقد ذكر في الذخيرة في هذه
المسئلة انه اذا صحت الكفالة الثانية مقيدة بعدم الموافاة بالنفس غدا
اذا لم يواف بنفسه غدا يصير كفيلا بالمال وايضا الكفيل بالنفس اذا قال
ان لم اوافك به غدا فعلي المائة الدراهم التي لك على فلان الاخر فان
الكفالة الثانية جائزة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ويلزم المال لو
مات المكفول بنفسه قبل مضي الغد مع ان تقدير الكلام بقولنا ان لم اوافك
المال معنى فانا كفيل بالمال حقيقة ومعنى لا يتاتى هنا وكذا لا يتاتى لو كان
كفيلا بالنفس في القصاص ونحوه مما لا يقدر الكفيل على ايفائه من الحقوق
على ان الكفالة بالنفس لم يعتبر كفالة بالمال الا يرى انه لو كفل بالمال والنفس
فابراه المكفول له في مرضه بريء عن النفس دون المال فلو كانت الكفالة بالنفس
كفالة بالمال لما صح الابراء عنه كما لا يصح عن الكفالة بالمال فاما افتراق
موت الحالف في مسئلة اليمين مع موت الكفيل فبناء على ان العجز يتحقق
بموت الحالف حيث لا يبقى قادرا على الشرب لا بنفسه ولا بنائبه لان

شرح الوارث

لا يقوم مقام شربها المورث حيث لا يفيد فائدته اما موت الكفيل فلانه يوجب العجز لان موافات الوارث يقوم مقام موافاة المورث على ما صرح به في الذخيرة فيبقى القدرة باقيا الى ان يمضي المدة فصار كانه لم يواف مع القدرة حتى مضت المدة وايضا لو غاب المكفول له حتى مضت المدة لزمه المال لان شرط ثبوت الكفالة بالمال عدم موافاة المكفول به الطالب في الغد مطلقا وليس بمقيد بوجدان الطالب كذا في الذخيرة فلو كانت الكفالة بالمال معلقة بعدم موافاة يقدر عليها كما في مسئلة الكوز لزم ان لا يجب المال اذا يغيب الطالب لانه لم يقدر على الموافاة باعتبار الغيبة فالاوضح ان يفرق بين مسئلة الكفالة ومسئلة الكوز بان الشرط في مسئلة الكوز وهو ترك فعل الشرب كانه قال ان تركت فعل الشرب فعبدي حر وبعد ما اهراق الماء لم يبق الترك متصورا لانه لا يتصور الا في المقدور حقيقة ولا يكفي لذلك توهم القدرة بان عادت القطرات المهراقة في الكوز باذن الله تعالى بدليل انه لو قال ان تركت مس السماء فعبدي حر فانه لا يحنث مع وجود القدرة المتوهمة فعلم ان الترك لا يطلق الا على الامتناع عن فعل مقدور له حقيقة وبعد اراقة الماء لا يبقى الفعل مقدورا له حقيقة فلا يتصور الترك الذي انعقد اليمين عليه واليمين يبطل ببطلان ما انعقد عليه وذلك ان المقصود هنا حمل نفسه على فعل الشرب والاحتراز عن تركه مختارا فيقيد بالقدرة فيجعل الشرط هو ترك الشرب وفوات شرب مقدور له في جميع اليوم واما في مسئلة الكفالة فالشرط هو فوات الموافاة عن الكفيل باختياره او بغير اختياره بان يموت المكفول عنه او الكفيل ان الطالب انما رضي بتأخير حقه في احضار المطلوب الى الغد زعما منه انه امن بهذه الكفالة من ان يلحقه المضرة بتأخيره من حيث انه يصل الى حقه في الغد البتة اما باحضار المطلوب او بلزوم المال على الكفيل حتى لو لم يكن امنا لم يرض به قط فعلم ان الطالب انما رضي بكفالته بهذا الشرط زعما منه انه بهذه الكفالة يتوصل الى حقه البتة وكذا الكفيل انما قبل الكفالة على هذا الشرط دفعا للضرر عن الطالب بالكلية ولا يخفى ان الضرر انما ينتفي عن الطالب بصيرورته امنا عن فوات حقه ان لو جعل الشرط هو عدم الموافاة وفواته لا ترك فعل الموافاة كما في مسئلة الكوز اذ لو جعل الشرط هو ترك الموافاة لا يكون الطالب امنا بهذه الكفالة لجواز ان يموت الكفيل او المكفول عنه فيبطل اليمين فلا يلزم عليه المال فيتضرر به الطالب كثير ضرر فالمقصود هنا لما كان ايصال الحق الى الطالب

وجعله

وجعله امنا عن فوات الحق وانما يحصل ذلك بان يجعل الشرط هو فوات الموافاة بالاختيار او بالاضطرار قلنا بان الشرط هو فوات الموافاة اعم من ان يكون بالاختيار او بدونه وبالجملة ان القياس هو ان يجعل الشرط في المسئلتين ترك الشرب والموافاة عن اختيار لان التعليق في مثله للحمل على ما يقدر عليه من الفعل غير انه انما لم يقيد بالقدرة في مسئلة الكفالة تحقيقا لما هو المقصود من هذا الكلام على ما ذكرنا والحاصل ان نحو ان لم افعل كذا فعبدي حر ظاهره لتعليق حرية العبد على ترك الفعل والامتناع عنه مختارا فيحمل عليه عند الاطلاق وخلو المقام عن القراين الدالة على ان المراد عدم الفعل ولا قرينة في مسئلة الكوز فيحمل على الظاهر ووجدت القرينة الدالة عليه في مسئلة الكفالة لان الغرض انما هو الاستيثاق وجعل الطالب امنا عن فوات حقه ووصوله اليه البتة ولا ذلك الا بجعل الشرط عدم الموافاة اعم من ان يكون ذلك بالاختيار او لا اذ لو قيد بالاختيار لم يحصل به الاستيثاق التام ولم يصر امنا عن فوات حقه لجواز ان يموت المطلوب او الكفيل فلا يلزمه المال ولا تسليم النفس فيفوت حقه فلذا جعلنا الشرط عدم الموافاة مطلقا قوله وبينها او لم يبينها اي بين صفة مائة دينار بانها جيدة او ردية او حليفية او ركنية او لم يبينها او معنى قوله وبينها اي بين قدر المائة بدعواه مائة دينار او لم يبين قدر الدينار بذكر المائة في دعواه كذا في الشرح والمعنى الاول اوفق بقوله فعليه المائة وعلى المعنى الثاني يحتاج الى التاويل بان يقال فعليه المائة الدينار اذا ادعى صاحب الحق المائة الدينار قوله وان بينها متصل بقوله ولا يصح الكفالة على هذا الوجه اي هذا التعليل لانه بني عدم الجواز على انه لم ينسبه الى ما عليه وذلك لا يفرق بين البيان وعدمه قوله لانه بناء عليه اذ المطلوب به تاكيد الكفالة بالنفس فيبطل ببطلانه قوله ولهما ان المال ذكر معرفا حيث قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه فان قلت صاحب الذخيرة وضع المسئلة في المنكر حيث قال ادعى مائة دينار او حقا مطلقا او دنانير ولم يبين قدرها فقال رجل دعه فانا كفيل منه بنفسه ان لم يوافك به غدا فعليه مائة دينار هنا كلامه فعلم ان المائة يجب سواء ذكر معرفا او منكرا والتعليل المذكور انما يتاتى في المعرف فما وجه قولهما اذا وقع المائة في كلام الكفيل منكرا اجيب بان المذكور ان كانت معرفة فلا شك انه منصرف الى ما عليه لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى وان كانت نكرة نصرف اليه ايضا اما لان المعرفة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى

عند البعض واما لان الاصل في كلام العاقل هو التصحيح ولا يصح الكفالة
الا بصرف المائة الى ما عليه فان قلت انما يصح صرف المائة الى المائة المدعى
اذا ادعى مائة عليه اما لو ادعى حقا مطلقا من غير بيان قدرها فلا وجه
لصرفها اليه لانه غير مذكور في كلام المدعى عليه اجيب بان المائة الدينار
انما يجب على المدعى عليه اذا ادعى المائة عند القاضي وبانه عنده يلتحق
بالاول فيصير كالمذكور في الابتداء كانه ادعى مائة ثم كفل بنفسه على انه
ان لم يواف به غدا فعليه المائة قوله ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود
والقصاص ذكر في حواشي بعض العلماء ان المراد بالنفس نفس الحدود
والقصاص لا نفس من عليه الحدود والقصاص قلت الكفالة بنفس الحد
والقصاص باطلة بالاتفاق فلو كان المراد بالنفس نفس الحدود لم يصح
التقييد بقوله عند ابي حنيفة قوله وفي القصاص لانه خالص حق العبد
قلت سماه خالصا بالنسبة الى حد القذف والا فهو ليس بخالص حق العبد
بل فيه حق الشرع لكنه مغلوب قوله بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى
كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بهما وان طابت بها نفسه
اما قبل اقامة البينة فلان احدا لم يستحق عليه الحضور مجلس الحكم بسبب
الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزناء وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق
واجب على الاصيل واما بعد اقامتها قبل التعديل فقد يحبس وبالحبس
يستغني عن الاستيثاق بالكفيل واما حد القذف والسرقة فحضور المدعى
عليه مجلس الحكم مستحق عليه بنفس الدعوى حتى يجبره القاضي على الحضور
فاذا كفل عنه جاز كذا ذكره الامام المحبوبي قوله لحصول الاستيثاق
بالكفالة وقد يقال الحبس للتهمة لا للاستيثاق حتى يغني عنها الكفالة
قوله لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء هذا القدر لا يكفي لجواز الكفالة
فانها لا يجوز بدين الكتابة مع كونه دينا يطالب به ممكن الاستيفاء قوله
دينا صحيحا قالوا الدين الصحيح ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وفيه احتراز
عن دين الكتابة لانه يسقط بالتعجيز ايضا ولكنه يشكل بدين الخراج فانه
دين صحيح حتى يصح الكفالة به مع انه يسقط بلا اداء وابراء لانه يسقط اذا
اصطلم الزرع افة ولئن قيل ان الخراج لا يتقرر الا اذا سلم عن الافة
وبعدما تقرر لا يسقط الا بالاداء او بالابراء فكان دينا صحيحا قلنا
فدين الكتابة ايضا لا يتقرر الا اذا انقطع احتمال التعجيز بان مات عن وفاء
قوله فيتحمل فيه الجهالة اي الجهالة اليسيرة دون المتفاحشة كذا في الشاهان
وفي الذخيرة كفل بنفس فلان او بما عليه فالكفالة جائزة لانها لو لم تجز

انما لم يجز

انما لم يجز لجهالة المكفول به الا ان جهالة المكفول به وان فحشت لا تمنع صحة
الكفالة والكلام هنا في جهالة المكفول فلا يصح التقييد باليسيرة قوله ينعقد
حوالة اعتبارا للمعنى فان قلت كيف يصح استعارة الكفالة للحوالة مع التنافي
بينهما اذ الكفالة تنبئ عن بقاء الدين والحوالة عن زواله عنه اجيب
بانهما متوافقان في الغرض والمقصود لان كلا منهما شرع للاستيثاق
والله اعلم قوله والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
والزعيم هو الكفيل وامكن حمله على الكفالة من الملك بان قال المنادي
للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء الاية فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه
لان المنادي كان رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصلح ان يكون
كفيلا بالاجر عن المرسل كذا في الكافي قلت حمله على الاستيجار هنا متعذر
لان الموجر مجهول واستيجار المجهول باطل فالظاهر انه من باب الجعل وانه
على المالك فيكون المنادي كفيلا عنه بالضرورة قوله بمجرد الشرط
اي بشرط مجرد عن الملاءمة قوله الا انه يصح الكفالة متعلق بقوله
وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا او بقوله لا يصح التعليق بمجرد الشرط الى الخ
وهذا بناء على اختلاف الروايتين فيما اذا قال ان هبت الريح فانا كفيل
هل يصير كفيلا في رواية لا يصير كفيلا فيجعل قوله الا انه يصح الكفالة متصلا
بصورة التاجيل وفي رواية يصح الكفالة فيتصل قوله الا انه يصح الكفالة
بصورة التعليق والتاجيل جميعا وسياتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى قوله
لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشرط قال الشارح في هذا اللفظ اشتباه
لانه لو اراد بقوله لما صح تعليقها تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول
اذا هبت الريح فانا كفيل فانه غير صحيح فان هناك لا يصير كفيلا اصلا
ذكره في فتاوى قاضيخان والمبسوط وقال في الكتاب الا انه يصح الكفالة
وان اريد بهذا اللفظ تاجيل الكفالة الى هذه الشروط فالحكم الذي
ذكره صحيح حيث يصح الكفالة ويبطل الشرط الا انه ليس تعليق لانه تاجيل
وهو غير التعليق فالوجه انه ذكر التعليق واراد به التاجيل بجامع ان كلا
منهما يوجب عدم الحكم في الحال ثم لفظه قلت اولا انه ذكر في الفصول تعليق
الكفالة بشرط متعارف يجوز وان كان شرطا محضا بان قال ان دخل
فلان الدار او ان هبت الريح فالكفالة جائزة والشرط باطل وهكذا
ذكر في الكنز حيث قال ولا يصح بنحو ان هبت الريح وتصح الكفالة فعلى هذا قوله
الا انه يصح الكفالة لا ينافي ان يراد بقوله لما صح تعليقها تعليق الكفالة بالشرط
مثل ان يقول اذا هبت الريح فانا كفيل ولكن القول بصحة الكفالة المعلقة

بشرط غير ملايم وبطلان الشرط يخالف ما مر من ان الكفالة تشبه النذر
والبيع فبشبه النذر يصح تعليقها بشرط ملايم وبشبه البيع لا يصح تعليقها
بشرط غير ملايم فقد جعلوا الكفالة المعلقة بشرط غير ملايم في حكم البيع
ثم البيع المعلق بالشرط باطل فكذا الكفالة المعلقة بشرط غير ملايم وكذا
كل ما لا يصح تعليقه بالشرط متى علق بطل ذلك التصرف لانه يبطل التعليق
ويصح التصرف كالبيع المعلق والنكاح المعلق والهبة المعلقة والاقرار
المعلق فان شيئا من هذه التصرفات اذا علق بالشرط بطل التصرف فالقول
بصحة الكفالة المعلقة بالشرط الغير الملايم محتاج الى مزيد تامل والحق
هو ما ذكر الشارح من بطلان الكفالة المعلقة بشرط غير ملايم وعدم
ضرورته كفيلا عند تعليقه به والله اعلم بما هو الصواب وثانيا ان معنى
ما ذكر في الكتاب ان التاجيل الى هبوب الريح ونحوه شرط فاسد فيصح
الكفالة اذا كفل الى هذه الاجال ويبطل الشرط لما ان الكفالة يحتمل
التعليق بالشرط المتعارف وقد ثبت ان كل ما يحتمل التعليق بالشرط
لا يبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق والكفالة كذلك فلا يبطل
به وهذا معنى ظاهر نعم يشكل بما ذكر في الكافي في باب الحوالة حيث قال
كفل رجل عن رجل على ان يبرئ الطالب غريما له اخر او على ان يهب الكفيل
او الاصيل عينا او على ان يهب الطالب الدين للاصيل بطلت الكفالة
لانه شرط مخالف لمقتضى العقد هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر **قوله**
لانه ملك الدين بالاداء **قلت** هذا يشعر بان الكفيل انما يملك الدين بالاداء
وبه صرح في المسئلة الثانية بقوله لانه لا يملكه قبل الاداء وذكر فيما بعد
انه يجب للكفيل على المطلوب مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت
المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل وفيه اشارة الى انه
يملك دينا اخر على المطلوب قبل الاداء فكان ههنا طريقين احدهما ما ذكر
ههنا من ان الكفيل بعد الاداء يملك ما للطالب على المطلوب ويقوم مقامه
والثاني ما اشار ثمه من انه يجب للكفيل بمجرد الكفالة على المطلوب مثل
ما وجب للطالب عليه الا انه كدين مؤجل يتاخر مطالبته الى ان يؤدي
وصحة ابراء الكفيل للمطلوب قبل ادائه دينه على هذا الطريق ظاهرة فاما
على الطريق الاول فبناء على انعقاد سبب ملك الدين وهو الكفالة والابراء
كما يصح بعد تحقق الدين في الذمة يصح بعد انعقاد سبب تحققه الا يرى ان
ابراء الغاصب قبل هلاك المغصوب جايز مع ان قيمته انما تثبت في الذمة دينا
بعد الهلاك او يقال انه وان كان يملك الدين بمجرد الكفالة الا انه ملك غير متقرر

انما يتقرر

انما يتقرر باداء الكفيل فكان المراد بقوله لانه ملك الدين بالاداء وكذا بقوله
لانه يملكه الملك المقرر الذي يتوجه اليه المطالبة بسببه **قوله** كما اذا ملكه
بالهبة بان وهب رب الدين له **فان قلت** اليس انه تمليك الدين من غير من عليه
الدين وانه يصح **قلت** يصح اذا سلطه على القبض وهنا كذلك لان له الرجوع
على المكفول عنه بما ضمن فصار كانه وهب الدين ووكله بالقبض كذا في الشامل
لا يقال فيه توكيل الكفيل بقبض الدين وهو باطل لان هبة الدين من الكفيل
ابراء له عما استوجب بالكفالة واخراجه عنها فلا يلزمه توكيل الكفيل
بقبض الدين نعم يشكل بان هبة الدين ان كان يصح اذا وكله بالقبض فلا
خفاء ان الموهوب له انما يملك اذا قبض وعند ذلك يصير عينا فلا يصح
ان يقال انه ملك الدين بالقبض وقد قال في الكتاب كما اذا ملكه اي ملك
الدين بالهبة وفي الحاشية اذا ملكه بالهبة بان وهب رب الدين من الكفيل
يملك الكفيل بطريق الانتقال الى ذمته سابقا على الهبة فاذا ثبت في ذمته
ملكه بالهبة تم لفظها ولا يقال هبة الدين بمن عليه ابراء ولو ابرا الطالب
الكفيل عن الدين لا يرجع على الاصيل فكذا اذا وهبه لانا نقول انما لا يرجع
الكفيل في صورة الابراء لان ابراء الكفيل اسقاط المطالبة عنه لا تمليك
الدين منه لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح ولا حاجة لتصحيح الابراء
الى ايجاب الدين في ذمته اذ الابراء للاسقاط ويكفي لصحة الاسقاط
وجوب المطالبة فيكون ابراء الكفيل بمعنى ابرائه عن مطالبته وبالابراء
عن المطالبة لا يملك الدين فلا يرجع على المكفول عنه ولو سلم ان الابراء
يحتاج الى تقدير الدين في ذمة الكفيل فالابراء من حيث انه موضوع
للاسقاط لا يحتاج الى الدين الا بوصف يقبل الاسقاط وهو كونه
وصفا شرعيا يظهر اثره في توجه المطالبة فلا يقدر لتصحيح الابراء الا بجهة
كونه وصفا شرعيا لا مالا فيكون ابراؤه اسقاطا محضا لا يتوقف على القبول
ولا يرتد بالرد على خلاف ابراء ساير الديون الثابتة في الذمة على الاطلاق
اما الهبة فموضوعة للتمليك وضرورة التمليك مستلزمة لايجاب الدين في ذمة
الكفيل فلما وجب الدين في ذمة الكفيل لضرورة تصحيح الهبة ملكه بها فيرجع
به على الاصيل ولا يقال في هبة الدين معنى التمليك والاسقاط وجهة
التمليك ان كان يوجب الرجوع فجهة الاسقاط لا يوجبه فلا يرجع بالشك
لانا نقول ذكر في هبة المبسوط ان هبة الدين من الكفيل تمليك محض
على خلاف هبة ساير الديون حتى لا يتم الا بقوله ولعل الوجه فيه ان الدين
انما يحكم بثبوته في ذمة الكفيل ضرورة تصحيح الهبة والهبة في الحقيقة تمليك

ومعنى الاسقاط فيه تابع يثبت ضرورة كون الدين وصفا ومتى كان الدين
ثابتا بالضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها والهبة تتم بجعل الدين
ثابتا من حيث انه مال فلا يحكم بثبوته من حيث انه وصف فيكون تمليكا
محضا وهذا على قول من لا يجعل الدين في ذمة الكفيل اصلا بلا ضرورة
ظاهر واما على قول من يقول بان اصل الدين يجب على الكفيل فينبغي ان يكون
هبة الدين منه تمليكا من وجه اسقاطا من وجه يتم بلا قبول كهبة سائر
الديون وقد اشار الشارح في اخر كتاب الهبة الى ان هبة الدين من الكفيل
تمليك محض عند الكل الا ان يقال ثبوت الدين في ذمة الكفيل عند هؤلاء
ايضا ضروري يثبت ضرورة توجه المطالبة من حيث ان المطالبة فرع الدين
فلا يكون دونه فلا يظهر في غير المطالبة الا لضرورة تصحيح الهبة **فان قلت**
هلا يجعل هبة الدين من الكفيل بمعنى هبة المطالبة منه فيكون اسقاطا
محضا لانها لا تحتمل التمليك **اجيب** بانه يلزم ح تغييران جعل هبة الدين
بمعنى هبة مطالبة وجعل الهبة مجازا عن الاسقاط المحض ولو فرض الدين
على ذمة الكفيل لا يلزم الا محذور واحد وهو جعل الدين الواحد كدينين
بخلاف الابراء اذ لا يلزم فيه الا تغيير واحد وهو ان يجعل ابراء الدين بمعنى
الابراء عن مطالبة وهو اهون من جعل الدين الواحد دينين لان ذلك
قلب الحقيقة **قوله** لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء **قلت**
الفرق بين الكفيل اذا ادى من مال نفسه والمامور باداء الدين اذا ادى
بناء على ان المامور متبرع في الاداء والكفيل مجبور عليه وذلك ان الكفيل
لما كان مجبورا على الاداء لا يمكن ان يجعل مقرضا ماله للمكفول عنه اذ
المقرض متبرع وما على المتبرعين من سبيل فاذا تعذر جعله مقرضا
جعل موديا للدين الواجب على المكفول عنه ومن ادى دينا ملكه فاما المامور
فلكونه متبرعا يمكن ان يجعل مقرضا للامر وانه اهون من جعله موديا
للدين لانه يحتاج الى تقدير الدين عليه لان اداء الدين ولا دين عليه محال
والقرض لا يحتاج اليه فكان اهون فيصار اليه عند الامكان ولا يمكن ان يجعل
اداء الكفيل قرضا لانتفاء لازمه وهو التبرع فيتعين اداء الدين واداؤه
يستدعي تقدير الدين في الذمة ومن ادى دينا عليه يملك لانه ادى بدله ١
قوله لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية يعني ان الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل
الى الموكل فصار كالبائع والموكل كالمشتري ولهذا كان للوكيل ولاية الحبس
حتى يؤدي الثمن اليه كذا في الشاهان وهذا لا يتاتى على قول من لا يقول
بثبوت الملك للوكيل وهو الصحيح من المذهب فالاوجه ان يقال وانما يثبت

المبادلة بينهما لان الموكل يستفيد في المشتري الملك من جهة الوكيل فكان الوكيل
بالشرى بمنزلة البائع ثم القول بانعقاد المبادلة بين الوكيل بالشرى والموكل
يشكل بان التوكيل بشراء الخمر والخنزير جائز عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو
انعقد بينهما مبادلة حكمية لم يجز اذ الحرمة مما يحتاط في اثباتها ويلحق الشبهة
بالحقيقة في غير موضع **قوله** لان التاخير ابراء موقت مشكل لان الابراء
اسقاط المطالبة وسياتيك في الماذون ان الاسقاطات لا تتوقت
الا ان يقال القياس ان لا يتوقت الاسقاط فان شيئا من الاسقاطات
كالطلاق والعتاق والنكاح لا يتوقت لكن تاقيت الاسقاط في تاجيل
عرف بالنص بخلاف القياس لمساس الحاجة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن
له مالا قد برئت الي من المال الخ **وفيه بحث** اما اولا فلما سياتيك
مصرحا في اخر كتاب الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء بل يتقرر به وبالابراء
يسقط حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن بعد الايفاء يهلك بالدين ويسترد
ما اداه اليه ولو هلك في يده بعد ابراء الدين لا يهلك بالدين ومتى
كان الايفاء مقررا للدين والابراء مسقطا له كان بينهما منافاة
فلم يكن الاقرار بالبراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب
اقرارا بالايفاء **وجوابه** ان الايفاء وان كان يقرر الدين ولا يوجب
عنه حقيقة فهو يوجب البراءة حكما اذ الدين بعد الايفاء يصير كالساقط
حيث يمتنع المطالبة كما يمتنع بالبراءة عنه والبراءة التي ابتداؤها من الكفيل
وانتهاؤها الى الطالب ليست الا براءة حكمية حاصلة بالاداء فيتعين
هي مرادا بقوله برئت الي والتقريب ظاهر واما ثانيا فلان اقرار الشخص
لا يتعدى الى غيره فلو ثبت للكفيل حق الرجوع باقرار الطالب بالايفاء
تعدى اقراره الى غيره فلو انكر المطلوب الاداء لزم ان لا يقبل عليه قول
الطالب بانه اداه اليه بل يجب عليه ان يقيم البينة على اداه الى الطالب
ولا يكفي في ذلك اقرار الطالب بالاداء فالحكم بصحة الرجوع باقرار الطالب
بالايفاء مشكل **وجوابه** ان الكفيل يملك الدين بالايفاء الى الطالب
على ما مر فيكون اقرار الطالب بايفاء الكفيل المال اليه تمليكا للدين
من الكفيل وله ولاية التمليك لان الدين ملكه فيصح تمليكه واذا ملك قام
الكفيل مقام الطالب فيرجع الى المديون بحكم تمليك الدين منه لا باعتبار
تعدي اقراره الى غيره حتى يشكل بان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى غيره
فكيف يتعدى اقرار الطالب بالايفاء الى المديون وتمليك الدين من الكفيل
جائز وان لم يكن عليه الدين في الصحيح وقد مر تحقيقه وهذا على ان الموجب

لملك الكفيل الدين هو الاداء الى الطالب كما اشار اليه المصنف رح اولا
ظاهر فاما ان تملك الكفيل بالامر الدين بمجرد الكفالة غير ان المطالبة
اخرت الى الاداء فالامر مشكل لان الاقرار حينئذ باداء الكفيل لا يكون
تمليكا للدين بل يكون اقرارا بوجود شرط المطالبة فيكون اقرارا على الغير
وهو المديون وانه باطل الا ان يجاب عنه بان المديون متعنت فى انكار
الايفاء اذ الايفاء نفع محض له ومن انكر نفعه كان متعنتا ولا عبرة
لانكار المتعنت **قوله** فيثبت الادنى ولا يرجح بالشك اتى ما ذكرها
فى النكتة الاولى اذ الادنى انما يتعين للتيقن والابراء هنا غير متيقن
بل الاداء والابراء كلاهما محتمل والله اعلم وعن هذا لم يذكر فى الكا فى الا
النكتة الثانية **قوله** لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
قلنا لا شك ان البراءة التى هى عبارة عن سقوط ما عليه لا يصح اسنادها
الا الى المطلوب سواء حصلت بفعله وهو الاداء او بفعل الطالب
وهو الابراء وكل من الاداء والابراء محتمل هنا على السواء لا يرجح احدهما
باسناد البراءة الى الكفيل لان كلا من البراءة الحاصلة بالاداء او بالابراء
مسندة الى المطلوب البتة من ترجيح احدهما **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط **فان قلت** ذكر فى الايضاح لو كفل بالمال وقال
ان وافيتك به غدا فانا برئ فوافاه من الغد فهو برئ فقد جوز تعليق
البراءة من الكفالة بالمال بموافاة المكفول به **قلت** انما لا يجوز تعليق
البراءة اذا علق براءة الكفيل بشرط محض لا منفعة للطالب فيه كدخول
الدار لانه غير متعارف كما لا يجوز تعليق الكفالة بخطر لا تعامل فيه
واما البراءة عن الكفالة بشرط موافاة المكفول به براءة متعاملة
لما فيه من ابراء البعض واستيفاء البعض وتعليق البراءة عن البعض
بابقاء البعض متعامل الا يرى ان الداين اذا قال عجل خمسمائة على انك
برئ من الباقى يجوز كذا فى الشرح وذكر الشارح فى الصلح ان الابراء
يتقيد بالشرط ولا يتعلق به وفرق بين التعليق والتقييد لفظا حيث
لا يستعمل حرف الشرط صريحا فى التقييد وفى التعليق يستعمل ومعنى
بانه يحصل فى تقييد الابراء البراءة فى الحال بشرط وجود ما قيد به حتى
اذا لم يوجد المقيد يعود الدين وفى التعليق لا يوجد البراءة فى الحال اصلا
ثم قال وفيما اذا قال اد الى غدا منها خمسمائة على انك برئ من الفضل لم يستعمل
صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فسميناه تقييدا وتقييد الابراء
بالشرط جايز وتعليقه به لا يجوز حتى لو قال لغريمه او كفيل اذا اديت الى

خمسمائة فانت برئ من الباقى فهو باطل والابراء وان ادى خمسمائة سواء ذكر
لفظ الصلح او لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد
ابراتك هذا لفظه ثم ما ذكر هنا من قوله وتعليق البراءة عن البعض بابقاء البعض متعامل
ثم الاستدلال عليه بقوله الا يرى الى اخره يخالف ما ذكر فى الصلح نعم ذكر فى الذخيرة
فى الفصل الحادى والعشرين من كتاب الحيل ان تعليق البراءة بشرط متعارف فيما
بين الناس صحيح عندنا والله اعلم **قوله** لما فيه من معنى التمليك ولا يقال فى الكفالة
ايضا معنى التمليك حتى لا يصح الا بقبول المكفول له فى المجلس وتعليقه بالشرط
المتعارف جايز لانا نقول قد صرح الشارح بان تعليق البراءة من الكفالة
ايضا يجوز بالشرط المتعارف فاستويا ثم معنى التمليك على قول من يقول
بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة
وهى كالدين لكونه وسيلة اليه **فان قلت** ابراء الكفيل لا يرتد بالرد
ولو كان فيه معنى التمليك لارتد به كسائر الديون **اجيب** بان فى ابراء
الكفيل ان كان معنى التمليك على نحو ما ذكر ففيه معنى الاسقاط راجح
اما على قول من يقول بثبوت الدين عليه فلما مر انه يحكم بثبوته عليه ضرورة
توجه المطالبة اليه فيكون الاصل فيه المطالبة وهى لا تحتمل التمليك الا
بوجه بعيد والدين ان كان يحتمله فهو غير مقصود بالثبوت على الكفيل
فلا يلتفت اليه واما على قول غيره فظاهر لان عليه المطالبة دون الدين
فلما كان فيه معنى الاسقاط والتمليك اعتبرناهما جميعا فيما امكن الجمع بينهما
كمسئلة التعليق فجوزناه بالمتعارف لا بغيره ولما كان معنى الاسقاط
راجحا اعتبرناه فقط فيما لا يمكن اعتبار غيره مع اعتباره ترجيحا للراجح كمسئلة
الارتداد بالرد فقلنا لا يرتد به **قوله** لا بنفس من عليه اذ الكفالة
بنفس من عليه فى بعض الحد وحد القذف جايز وان كان لا يجبر عليه
عند ابى حنيفة رح وقد مر **قوله** خلافا للشافعى رح فانه قال لا تصح الكفالة
بالاعيان المضمونة لان من شرط الكفالة ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء
من عنده وهذا يتصور فى الديون فاما فى تسليم عين فى يد الغير فالكفيل
عاجز عنه ونحن نقول بان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فيما كان مضمونا
على الاصيل فيصح الالتزام من الكفيل فاما قوله لانه لا يقدر على الاداء
من عنده قلنا تسليم ما التزم متصور فى الجملة فيصح التزامه لان ما يلزمه
بعقده يعتبر فيه التصور **فان قلت** اذا استاجر دابة معينة للحمل عليه
فكفل به رجل لا تصح الكفالة وعلله المصنف رح بانه عاجز عنه اى
الكفيل عاجز عن هذا الحمل لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية عليه

فلو اعتبر التصور في الجملة لصحت هذه الكفالة ايضا **قلت** جوابه
سنذكر من بعد **قوله** او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن اى كفل
بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين جاز
وذكر في الذخيرة ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة والكفالة
عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده
متى قضى الدين وكذلك الكفالة عن الراهن للمرتهن لا يجوز وفي الايضاح
فان كفل بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا
قبض الدين **قوله** لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه لانه جاز
ان يودي في الطريق او مات فلا يمكنه الحمل كذا في الحاشية وهو
غير مرضي لان العجز الموهوم لا يقدح في صحة الكفالة الا يرى ان
الكفالة بالنفس صحيحة مع توهم عجزه عن التسليم بموت المكفول عنه
او غيبته غيبة منقطعة وكذلك التكفل بتسليم المستعار الى المعير
جايز وكذا برد الرهن الى الراهن متى قبض الدين مع توهم ان يهلك
المستعار والمرهون قبل التسليم يوضحه ان العجز يوجب انفساخ
الكفالة وتوهم انفساخها لا يقدح في جوازها والا لانسد بابها
وهو مفتوح وفي الحاشية الاخرى لانه عاجز عنه اى عن الحمل على هذه
الدابة لان الدابة ملك الغير وليس له ولاية على ملك الغير **وفيه نظر**
اذ التكفل بتسليم العين وهو في يد الغير جايز كتسليم المستعار الى المعير
وتسليم المستاجر الى المستاجر وتسليم المبيع الى المشترى مع انه لا يقدر
على نزع العين من يده وتسليمه الى المكفول له وان اعتبر التصور في الجملة
كما ذكرنا من الايضاح فذا موجود فيما نحن فيه ايضا الا ان يقال
المعتبر هو التصور في الجملة ولكن ذلك انما يكون فيما اذا كفل بما هو مستحق
على المكفول عنه كتسليم المبيع والمستاجر والرهن لانه يمكنه حينئذ ان
يستعين باعوان القاضي فيسلمها اليه اما فيما نحن فيه فقد كفل بالحمل
وهو ليس مستحق على المكفول عنه فيما اذا كانت الدابة معينة فلا يمكنه
ان يستعين باعوان القاضي مثلا حتى ياتي بما التزمه نعم يمكنه الحمل
على تلك الدابة برضا المكفول عنه وهو موهوم يحتمل ان يرضى وان
لا يرضى فلا يثبت القدرة قطعا في الجملة ايضا وهي من شرط صحة الكفالة
فلا يصح دونها فعلى هذا كان عجزه عن الحمل راجعا الى كونه غير مستحق
على المكفول عنه فكانه قال لانه غير مستحق عليه فلا يصح الكفالة به وهذا
وجه صحيح **قوله** والحمل هو المستحق **فان قيل** هذا ينافي ايضا اذا كانت الدابة

معينة

معينة فيقول نعم الحمل هو المستحق ثمه لكن لما كانت الدابة معينة يقع
المنازعة بينهما في سرعة السير وغير ذلك كذا في الحاشية **وفيه نظر**
اذ لو كان المستحق هو الحمل ثمه ايضا لكان ينبغي ان لا يجب الاجرة الا بالحمل
والمسئلة بخلافه فقد ذكر في الشاهان انه لو سلم الدابة في المسئلة
الاولى ولم يحمله يلزمه الاجرة ولو سلم في المسئلة الثانية ولم يحمله
ولم يجب الاجرة فظهر ان الحمل غير مستحق انما المستحق هو التسليم لا غير
فلا يصح قوله نعم الحمل هو المستحق ثمه ايضا على ان الكفالة عقد مساهلة
فلا يفضي الى النزاع في سرعة السير الا يرى ان الجهالة اليسيرة متحملة
فيها حتى يجوز الكفالة الى الحصاد والدياس ونحو ذلك من الآجال
قوله ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة فيقوم بهما
فان قلت هبة الدين ممن عليه تمليك ايضا مع انها لا تتوقف على القبول
ذكره في المغني **قلت** ذكر الشارح في اخر كتاب الهبة نقلا عن هبة
المبسوط ان هبة الدين لمن عليه الدين لا يتم الا بقبوله والابراء يتم
من غير قبول وعن زفر انه سوى بينهما وقال يتم الهبة والابراء قبل القبول
وهو يدل على ان هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول عند علمائنا
الثلثة ثم قلنا ان نمنع **فان قلت** لو كان في الكفالة معنى التمليك
لما صح تعليقها بالشرط وقد مر ان تعليقها بالشرط المتعارف جايز
وان اجيب بانا جوزناه عملا بشبه النذر يرد عليه هبة الدين ممن
عليه والابراء عنه فانه لا يجوز تعليقها بالشرط لا بالمتعارف ولا بغيره
مع انه يشبه الطلاق لما فيه من معنى الاسقاط **قلت** لما ثبت في الكفالة
معنى النذر والتمليك لا بد وان يعمل بهما وذلك اما ان يقال بانها
لا تتعلق بالشرط ولكنها تتقيد به كابراء الدين او تتعلق بالشرط
المتعارف دون غيره ولكن تعين الطريق الثاني بقوله تعالى ولمن جاء
به حمل بعير وانا به زعيم ثم هنا بحث وذلك لما صدر ان التمليك
من غير المالك لا يكون والكفيل لا يملك المطالبة فكيف يملكه غيره فالظاهر
انه التزام المطالبة على نفسه متبرعا فيتم بالمتبرع كما قالوا في الرهن انه تبرع
فيتم بالمتبرع **قوله** الا في مسئلة واحدة وفي الذخيرة قال المطلوب
لرجل اكفل وقبل عنه المطلوب ان وجد الخطاب والقبول منه في صحته
لا يصح الكفالة لان المطلوب لا يصلح نائبا عن الطالب في الاستيفاء
فلا يصلح نائبا عنه في قبول الكفالة لانه سبب الاستيفاء بخلاف
الطالب والاجنبي لان الطالب يصح منه الاستيفاء والاجنبي يصلح نائبا

عنه

في الاستيفاء فيصح عنهما قبول الكفالة التي هي طريقة الاستيفاء
وان وجد في مرض الموت فان خاطب اجنبيا لا يصح وان خاطب
وارثه فالقياس ان لا يصح لان المطلوب لا يصح نايبا عن الطالب
في قبول الكفالة وفي الاستحسان يصح لان المريض مطلوب حقيقة واجنبي
اعتبارا لانه وجد سبب سقوط المطالبة وتوجهها الى الوارث ولو كان
مطلوبا من كل وجه لم يصح خطابه في حق الوارث والاجنبي جميعا ولو كان
اجنبيا من كل وجه صح في حقهما فاذا كان مطلوبا من وجه صح في حق الوارث
دون الاجنبي عملا بالشبهين لانا انا عملنا بشبهه الاجنبي في حق الوارث
لا في حق الاجنبي لانا لو عملنا بشبه كونه مطلوبا في حق الوارث وقد صار
المريض في حق الوارث كالاجنبي من وجه لصيرورة الوارث مطلوبا من وجه
لزمنا العمل بهذا الشبه في حق الاجنبي لان الاجنبي لم يصر مطلوبا بمرضه
بوجه حتى يصير المريض كالاجنبي في حقه فيتعطل العمل بالشبهين **وفيه**
بحث لان المريض لو اعتبر اجنبيا في حق الوارث من حيث ان المرض
سبب سقوط المطالبة عنه وتوجهها الى الوارث لزمنا ان يعتبر الوارث
مطلوبا والمطلوب لا يصح كفيلا فحينئذ يتحقق المانع من قبل الوارث
وان كان يرتفع من قبل المريض فلا يفيد اعتباره اجنبيا فيتعطل
العمل بالشبهين فينبغي ان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي مطلوبا في حق
الوارث ليتحقق العمل بالشبهين ثم يكفي لاعتباره اجنبيا انعقاد
سبب سقوط المطالبة عنه من غير ان يعتبر توجهها الى الوارث وكيف
يعتبر توجهها الى الوارث في صيرورته اجنبيا وان الوارث انما يطالب
بدين الميت خلافة عنه والخلف يحقق الاصل ولا يبطله فلا وجه
لاعتباره اجنبيا سوى ان المرض سبب لسقوط الدين في الجملة وفيه
الاجنبي والوارث سواء فلا يلزمنا من اعتباره مطلوبا في حق الوارث
اعتباره مطلوبا في حق الاجنبي حتى يتعطل العمل بالشبهين بل الامر
على العكس لانه لو اعتبر اجنبيا في حق الوارث وانه خليفته والخلافة
يحقق المطالبة على الاصل فلان يعتبر اجنبيا في حق الاجنبي وانه
ليس بخليفة عنه اولى والله اعلم **قوله** لان ذلك وصية في الحقيقة
قال الشارح من حق التعليل ان يقال فيه معنى الوصية لا ان يكون وصية
من كل وجه والا لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وقد
ذكرنا ان هذا لا يصح في حال الصحة **قلت** لا نزاع ان قوله تكفل ليس بوصية
بصيغته ولكن وصية استحسانا لحاجة المريض اليه تفريغا للذمة ولا ضرورة

الى جعله

الى جعله وصية من الصحيح لانه في سعة يمكنه اداء الدين بنفسه فلا يكون
محتاجا الى تصحيح قوله تكفل عنى بجعله وصية احتياج المريض اليه على ان
قوله وصية في الحقيقة معناه انه وصية معنى لا صورة فقوله هذا وقوله
فيه معنى الوصية سواء ثم لما كان وصية معنى كفالة صورة اعتبر في الصحة
جانب الصورة فاشترط قبول المكفول له واعتبر في المرض جانب المعنى
فلم يشترط ذلك عملا بجهتي المعنى والصورة **قوله** او يقال انه قايم مقام
الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما اذا حضر
بنفسه **فان قلت** هذا الوجه يقتضي ان يكون هذا كفالة حقيقة فينبغي
ان يصح وان لم يكن له مال وقد قالوا انها انما تصح اذا كان له مال وايضا
قد ذكر المصنف رح بعد هذا انه يجب بالكفالة على المكفول عنه مثل ما
وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فاذا كانت
الكفالة توجب دين الكفيل على المكفول عنه كيف يفيد تصحيحها تفريغ
ذمته عن الدين الحايل بينه وبين الجنة **اجيب** عن الاول بان تصحيح
الكفالة مبنى على قيام المريض مقام الطالب وانما يصح ذلك ان لو جعل
المريض كالاجنبي والا لصار الشخص مطالبا ومطالبا وهو غير جايز
ولن يكون كالاجنبي الا اذا كان له مال لان حق الغرماء حينئذ يتعلق بماله
وينتقل عن الذمة الى المال فيصير هو كالاجنبي فجاز ان يجعل قايما مقام الطالب
اما اذا لم يكن له مال فالحق لا ينتقل عن ذمته الى ماله فلا يكون كالاجنبي
فكيف يجعل قايما مقام الغريم فلا يتم الكفالة بقبوله وعن الثاني بان
بان كفالة الوارث ان كان يوجب دينه على المريض فدين الوارث اسهل
قضاء عن دين الاجنبي اذ هو اقدر على قضاء دينه لمكان التركة في يده
على ان الوارث انما يقضي دينه عن تركة المريض لا عن ماله وهذا مقصود
المريض ايضا فلا يبقى دينا له على المريض **قوله** لانه يراد به التحقيق دون المساومة
ظاهرا في هذه الحالة كما ان بعني عن الغايب يكون ايجابا حتى لو كتب اليه بعني
كذا بكذا فلما بلغ اليه الكتاب وقال بعت تم البيع لانه من الغايب تحقيق
لا مساومة والمسئلة ذكره بعض الشارحين في اول البيوع **قوله** انه كفل
بدين ساقط الخ وقد يقال هذا تعليل بمقابلة النص فقد روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اتى بجنازة رجل من الانصار ليصلي عليه فقال عليه السلام
هل على صاحبكم دين فقالوا درهمان او ديناران فامتنع عن الصلوة فقام
ابو قتادة فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية كان ذلك علي رضي الله عنه
فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يصح الكفالة عن ميت مفلس

لما صلى **قوله** لان الدين هو الفعل حقيقة ولقائل ان يقول لا نسلم
انه الفعل بل هو وصف شرعي يظهر اثره في توجه المطالبة كيف والفعل
هنا انما هو التسليم وقد وقع التنصيص منهم بان التسليم انما يجب
بالمطالبة واما الدين فيجب بنفس العقد وكذا الدين المؤجل موصوف
بالوجوب وتسليمه انما يجب بعد حلول الاجل بالمطالبة لان الواجب
في الذمة هي ماهية الدرهم او الدينار مثلا ووجوبه عبارة عن شغل
الذمة بها وانه امر شرعي يظهر اثره في توجه مطالبة تسليم تلك الماهية
الى من وجب له وتسليمها لا يتصور الا بتسليم فرد من افراده اذ الماهية
لا وجود لها الا في ضمن الفرد والدين هي الماهية المعقولة في الذهن
واداؤه تسليم فرد منها الى صاحب الحق والعين وان كانت لا تحتمل
الوصف بالوجوب فالماهية المعقولة تحتمله فاتصافه بالوجوب لا يوجب
ان يكون فعلا فكانه تسامح في جعل الدين هو الفعل حقيقة من حيث ان
المقصود من الدين لما كان هو الفعل اعتبره فعلا **قوله** وقد عجز
بنفسه وقد يقال القدرة الممكنة شرط الوجوب دون البقاء على ما
عرف فكيف يترتب السقوط على طريان العجز بالموت بعد تحقق القدرة
حين الوجوب **قوله** بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان
قال للكفيل انت رسولي بدفع هذا المال الى الطالب لان الكفيل
لم يقبض المال لنفسه بل قبضه للطالب فيكون امانة في يده لا يقال
الرسول من يعمل للغير والكفيل عامل لنفسه لانه يسعى في فكاك ذمته
عن المطالبة او الدين الا يرى ان الطالب لو وكل الكفيل بقبض الدين
من المكفول عنه لا يصير وكيلا لهذا المعنى فينبغي ان لا يكون رسولا
ايضا لانا نقول ان المصنف لم يدع ان رسالة الكفيل هنا صحيحة
حتى يرد عليه ذلك بل ادعى ان قبضه على وجه الرسالة قبض امانة فلا يكون
مالكا فلا يطيب الربح له ويملك الدافع الاسترداد اذا كان الدفع على وجه
الرسالة فهو رواية الحاشية وعليه ظاهر لفظ الكتاب ولكن ذكر
في الكافي انه لا يكون له الاسترداد فيما اذا دفعه على وجه الرسالة ايضا
حيث قال بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة حيث لا يصير المؤدى
ملكا للكفيل بل هو امانة ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من الكفيل
لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك
فلا يقدر عليه هذا كلامه **فان قلت** فيجب ان لا يكون له ولاية الاسترداد
فيما اذا دفع الى غير الكفيل على وجه الرسالة ايضا حيث تعلق به حق الطالب

اجيب

اجيب بان رسالة الكفيل غير صحيحة لما ذكرنا انه عامل لنفسه والرسول
من يعمل للغير فبقي قبضه بجهة انه مطالب بالاداء فلا يملك استرداده بخلاف
غيره من الرسول لانه قايم مقام المرسل ويده كيده ولو كان في يده كان
له ولاية التصرف فيه فكذا هنا **وفيه بحث** وذلك ان الرسالة لما كانت
باطلة وكان قبضه بجهة انه مطالب بالاداء لزم ان لا يفترق الجواب
فيما اذا ربح في المقبوض بجهة الرسالة او بجهة الاقتضاء وليس كذلك
حيث لا يطيب له الربح مطلقا اذا كان قبضه على وجه الرسالة ويطيب
له الربح اذا قبضه اقتضاء والمقبوض مما لا يتعين بالتعيين واذا كان
المقبوض مما يتعين ففيه اختلاف مذكور في الكتاب الا ان يقال
قبض الكفيل يحتمل ان يكون على وجه اقتضاء ما ثبت له على الطالب وان
يكون على وجه الرسالة بان يؤديه من قبل المطلوب وان يكون لاجل الاداء
من هذا المقبوض تخليصا لنفسه عن عهدة الكفالة وكونه مالكا للمقبوض
يختص بالوجه الاول فيكون الخبث لقصور الملك فيظهر فيما يتعين دون ما
لا يتعين وفي الوجهين الاخيرين لا يملكه الكفيل فيكون الخبث لعدم الملك
وانه يظهر فيما يتعين وما لا يتعين جميعا فاذا بطلت رسالة الكفيل لكونه
عاملا لنفسه بقي قبضه ليقضي دينه من هذا المقبوض ويخلص نفسه به فيكون
الربح خبثا له في الوجهين والله اعلم **قوله** لان المكفول به مال مقضي به
او مال يقضي **فان قلت** هذا الترديد يقتضي ان يكون قوله قضي محتملا
للماضي والمستقبل وليس كذلك بل هو بمعنى المستقبل والمراد به التكفل
بمال يقضي به عليه بعد الكفالة الا يرى الى ما ذكر في الكافي من ان الطالب
لو قال اني قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي فاقمت البينة
عليه بالف درهم وقضى لي عليه بذلك فصدقت كفيله بذلك صحت الدعوى
حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة بذلك عليه قضى القاضي على الكفيل
والغايب بالالف لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزم هذا كلامه فلو كان
هذا اللفظ محتملا للماضي والمستقبل كما يشير اليه لفظ الكتاب لم يصح الحكم
على الكفيل اذا اثبت القضاء بالمال بعد الكفالة لاحتمال انه اراد القضاء
به قبلها وكذا يجب ان لا يصير كفيلا اذا قضي على المكفول عنه بالمال بعد الكفالة
لاحتمال ارادة الماضي فالظاهر هو ما ذكره الامام حافظ الملة والدين
في الكافي حيث قال وهذه العبارات وان كانت للماضي فقد اريد
بها الاستقبال عرفا هنا لفظه فقد حكم بان المراد بهذه الالفاظ هو
الاستقبال لانه المتعارف والعرف قاض على اللغة قلنا ليس الترديد المذكور

بناء على ان اللفظ مجمل محتمل للمعنيين من غير ترجيح لكنه لما راى ان جواب المسئلة
على كل من المعنيين واحد ردد بينهما على معنى ان المكفول به انما هو المال
الذى وقع القضاء به سواء فى هذا اراد الماضى او المستقبل وان كان المستقبل
راجحا باعتبار العرف الذى هو ماض على اللغة والترديد فى مسئلة لا توجب
الاجمال فى اللفظ وانتفاء ترجيح احد المعنيين على الاخر كيف وقد اشار
الى الترجيح بقوله وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاك
قوله نظرا الى قوله على وهو فاسد لجهالة الخسران كذا فى الحاشية وفيه
بحث اذ جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة فالاولى ان يقال انما لا يصح
هذا الضمان لانه انما يصح بما هو مضمون على المكفول عنه والخسران غير مضمون
على احد فلا يصح ضمانه حتى لو قال رجل لاخر بايع فى هذا السوق على ان كل
وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن كان باطلا **قوله** ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل ما فى زعمه **فان قيل** من اشترى عبدا ثم باعه
ورده عليه بعيب بالبينة لم يكن له ان يرد على بايعه عند محمد رح مع ان
القاضى لما قضى عليه بالرد فقد كذبه فى زعمه **قلت** انما لم يكن له ان يرده
على بايعه لان قوله لا عيب نفى العيب فى الحال والماضى والقاضى كذبه
فى قيام العيب عند البيع الثانى دون الاول لان قيام العيب عند
البيع الاول ليس بشرط للرد على الثانى وجواب ابى يوسف رح عن هذا
قد قدمناه فى خيار العيب نعم يشكل بهذا ما اذا مات عبد فى يد رجل
واقر انه غصبه من زيد فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل ان العبد له
فقيمته لمن برهن ولا شىء لزيد على المقر لان ما اقر له صار مستحقا بالبينة
فان وهب المبرهن تلك القيمة فى صحته للمقر ومات فورثها المقر وورث
مثلها ردها على زيد لانه زعم ان ما اخذ المبرهن حق المقر له وانه
اخذ بغير حق فصار دينا عليه وما وصل الى المقر وصل بالارث
او بالوصية والدين مقدم عليهما كذا فى الكافى فى باب الحوالة فقد اخذ
المقر بما زعم مع انه قد صار مكذبا فى زعمه شرعا يدل على انه مكذب فى هذه
المسئلة شرعا ما ذكر فى الذخيرة حيث قال عبد فى يدى رجل ابق منه جاء
رجل وادعى انه عبده واقام عليه بينة واقام ذو اليد بينة انه غصبه
من فلان قضى بقيمة العبد للمدعى على الذى كان العبد فى يده ثم اذا
عاد العبد من الاباق فهو للمدعى عليه ولا يؤمر برده الى فلان فكان
ينبغى ان يؤمر لانه لما اقر انه غصب من الغايب فقد اقر ان رده واجب عليه
اذا قدر على الرد وقد قدر عليه الا ان القاضى لما قضى على صاحب اليد

بالعبد للمدعى حتى قضى عليه بقيمة العبد فقد كذبه فى اقراره ان عليه
رد العبد على الغايب بسبب الغصب وهذا القضاء نافذ ظاهرا وباطنا
لان صاحب اليد ما اقر بالملك للغايب نصا وليس من ضرورة الاقرار بالغصب
من الغايب الاقرار بالملك له لان الانسان قد يغصب من غير المالك
ايضا فلم يكن فى زعم صاحب اليد ان العبد ملك للغايب فان شهود المدعى
زور ليمتنع نفاذ القضاء بالملك المرسل للمدعى باطنا فنفذ القضاء باطنا فثبت
تكذيبه المدعا عليه بخلاف ما اذا اشترى عبدا اقر انه ملك البايع ثم استحق
بالبينة ثم عاد الى المشترى بسبب حيث يلزمه رده الى بايعه ان كان البيع
قد فسخ لان هناك اقر بملك البايع نصا فكان فى زعمه ان شهود المدعى زور
وقد قامت على ملك مرسل والقضاء بشهادة الزور فى الاملاك المرسلة
لا ينفذ باطنا واذا لم ينفذ باطنا ثمه فى زعم المشترى لم يصر مكذبا من جهة القاضى
فيما اقر من الملك للبايع بزعمه فبقى اقراره صحيحا كما كان فوجب الرد على البايع
اذا وصل اليه حتى لو اشترى ولم يقر بالملك للبايع نصا ثم استحق فعاد الى يده
لا يؤمر بتسليمه الى البايع فالفرق بين مسئلة الكتاب ومسئلة الكافى مشكل
وبين مسئلة الكافى ومسئلة الذخيرة اشكل ثم ما اشار اليه فى الذخيرة من ان
تكذيب القاضى انما يبطل الزعم ان لو كان القضاء نافذا ظاهرا وباطنا ينتقض
بمسئلة العيب فان القضاء بوجود العيب من حيث انه لا يحتمل الانشاء لا ينفذ
باطنا مع انه اعتبر تكذيبا وجعل الانكار كالعدم عند ابى يوسف رح الا ان
يحمل على مذهب محمد رح خاصة وينتقض ايضا بما اذا صدق الملتقط انسانا فى دعوى
اللقطة واقر صريحا بانها له فدفعها اليه ثم اقام اخر البينة انها له فله ان يضمن
الملتقط بالدفع او القابض بالقبض فان ضمن الملتقط يرجع الى المدفوع اليه
لانه وان صدقه واقر له فالمقر اذا صار مكذبا فى اقراره سقط اعتبار اقراره
كذا ذكر فى المبسوط نقله الشارح فى كتاب اللقطة ووجه الانتقاض ظاهر
اذ القضاء فى هذه المسئلة ايضا نافذ ظاهرا لا باطنا لان شهود المدعى كذبة
فى زعم الملتقط مع انه ابطل زعمه فعلم ان نفاذ القضاء مطلقا يوجب بطلان
الزعم **قوله** ضامنا لنفسه اذ الكفالة التزام المطالبة لمن له المطالبة
على الاصيل ومن له المطالبة على الاصيل هنا ليس الا الوكيل بالبيع فلو ضمن الوكيل
ادى الى ان يلتزم المطالبة لنفسه وانه باطل اذ الواحد لا يصلح مطالبا ومطالبا
لاستحالة الطلب من نفسه ولقائل ان يقول هذا التعليل لو كان وضع المسئلة
فيما اذا ضمن الوكيل لمن له المطالبة بالثمن ولكن وضع المسئلة فيما اذا ضمن الوكيل
بالبيع الثمن للموكل ولا يخفى ان كفالة الوكيل بالثمن للموكل انما يبطل باعتبار ان دين الكفالة

لا يتحقق لانها عبارة عن التزام المطالبة لمن له المطالبة فكانت الكفالة
لمن لا مطالبة له باطلا بالضرورة قوله ولان المال امانة في يديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع اي لو صح هذا الضمان لزم تغيير حكم الشرع من الامانة
الى الضمان واللازم باطل ولقائل ان يقول الملازمة ممنوعة لو صح هذا
الضمان كان الوكيل كفيلا ايضا ولا يبطل الوكالة وحيث لم يبطل كان قبضه
مسقطا للمطالبة عن الاصل وسقوط المطالبة عن الاصل يوجب سقوطها
عن الكفيل واذا سقطت المطالبة لم يبق الضمان فيه فلا يؤدي الى كون الثمن
مضمونا في يده بعد قبضه وتقرير اخر ان قبض الوكيل الثمن كقبض الموكل
فلو صحت الكفالة للموكل برئ عن الكفالة بمجرد القبض لان القبض للمكفول
له الدين عن المكفول عنه يوجب براءة الكفيل عن المطالبة واذا خرج
عن الكفالة لا يبقى الثمن في يده الا امانة ولا يصير مضمونا قوله لانه لو صح
الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب شريكه يؤدي الى قسمة
الدين قبل قبضه وذا لا يجوز وذكر في الفوايد الظهيرية الضمان باطل
لان ما يستوفي بنصيب احدهما فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان ما لا
بدليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للاخر ولاية المشاركة
فلو صح الضمان فما يؤدي الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع
بنصفه على الشريك فيبطل الاداء في ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى
الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء
وهذا معنى قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء
ولا معنى لما قيل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شايع او بنصف هو نصيب
شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شايعا وقوله
لا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى له ايضا لانعقاد
الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه يجوز وليس فيه قسمة الدين فكذا
اذا ضمن احدهما بنصيبه فالتعويل على ما ذكرنا كذا في الشرح قلت الجواب اما
عن قوله ان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح سابقا فلان
معنى هذا الترديد ان ذكر نصيب الاخر ان كان للتقدير بمعنى ان يكون
كفيلا بمقدار نصيب الاخر يلزم ان يكون ضامنا لنفسه وان كان للتحقيق
يلزم قسمة الدين قبل قبضه وهذا ترديد صحيح واما عن قوله ولا معنى لهذا ايضا
الخ فيقول ذكر الشارح في كتاب الصلح ان قسمة الدين قبل القبض لا يجوز قصدا
اما ضمنا فجائز وفيما اذا اشترى بنصيبه ان كان قسمة الدين قبل القبض
فهو في ضمن صحة الشراء فيجوز كما لو صالح احد الشريكين بنصيبه على ثوب

يجوز

يجوز لان قسمة الدين هناك في ضمن صحة المصالحة وفيما نحن فيه لو صح الكفالة
يلزم القسمة قصدا لان الدين في الكفالة اصل حتى يبطل ببطلانه فيكون الكفالة
واقعة على نصيب الشريك من الدين قصدا فيلزم قسمته قصدا وذا لا يجوز
اما الشراء فغير واقع على الدين قصدا لان الدين لا يتعين للثمنية فيكون الاضافة
اليه والاطلاق سواء والاستيفاء بطريق المقاصة ضرورة التقاء الدينين
فيكون اخرهما قضاء للاول ولان الثمن في الشرى تابع والمقصود هو المبيع
فيكون الشرى واقعا على المبيع قصدا وعلى الثمن ضمنا والصلح عن الدين
بالمال في معنى الشرى فالحق به والكفالة واقعة على الدين قصدا فلا يجوز
بنصيب احدهما خاصة الا يرى انه لو اجل احد الشريكين عن نصيبه من الدين
لا يجوز عند ابي حنيفة رح ومحمد لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه لما ان الاجل
يقع على الدين قصدا فما ذكر انه لو اشترى احدهما شيئا بنصيبه من الدين
جاز وليس فيه قسمة ممنوع بل فيه ايضا قسمة ولكن ضمنا لا قصدا وفي الكفالة
قسمته قصدا فافترقا ثم ما ذكر في الفوايد من قوله بدليل ان احدهما لو اشترى
بنصيبه منه كان للاخر ولاية المشاركة بخلاف ما ذكره المصنف رح
في الصلح انه لو اشترى احد الشريكين من المديون بنصيبه ثوبا كان لشريكه
ان يضمنه ربع الدين ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع وللشريك
ان يتبع الغريم ايضا اللهم الا بتاويل قوله لانها مجرد فعل وفي الكافي
لان الواجب فعل هو عبادة والمال محل لاقامته قلت كون الواجب فعلا لا ينافي
صحة الضمان الا يرى ان الضمان بتسليم المبيع جائز وانه فعل ليس الا كيف
وقد تقدم ان دين العباد في الحقيقة فعل وهو تمليك مال الغريم ولهذا يوصف
بالوجوب والافعال هي التي توصف بالوجوب وكذا وصف كونه عبادة
لا ينافيه لانها عبادة يجري فيها النيابة حتى لو وكل باداء الزكوة غيره صح
واداء الضامن لا يكون ادنى من اداء الوكيل اذا كان الضمان بامره على ان الزكوة
ان كانت عبادة فالخراج عقوبة ثم كونه عقوبة لا ينافي الضمان فكذا كونه
عبادة ثم في الكافي وهذا لان الدين وجوب تمليك مال بدلا عن شيء اخر
والخراج يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب عن حريم الدين الخ قلت الموجب
لصحة الكفالة انما هو كون المكفول واجبا في الذمة حتى يتحقق الكفالة التي
هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة سواء كان ذاتا او فعلا فاما كونه بدلا عن شيء
فلا تاثير له في صحة الكفالة الا ان يقال في توجيه الدليل ان المقصود الاصلي
في الزكوة هو الفعل دون المال فكان الواجب في الحكم الفعل دون المال
فلا يصح الضمان بالمال لانه ليس بواجب في الذمة حكما والكفالة هو التزام ما يجب

في الذمة

بخلاف سایر الدیون فان المقصود فیها المال حتی لوظفر الطالب بجنس حقه
فاخذه صح وسقط الدین ولو ظفر الفقیر بجنس الزکوة فاخذ لا یسقط الزکوة
فافترقا فان قلت فلیصح الکفالة بتسلیم الزکوة قلت تسلیمه عبادة وهو
حق الله تعالی والکفالة شرعت للتوثق بالحق فیلیق بحقوق العباد الحاجتهم
دون حقوق الله لغناه قوله والروایة باو ویحتمل ان یکون هذا اعتراضا
علی من قال بان القسمة هی النوایب بعینها او حصة منها یعنی انه قد روی
قوله او قسمته باو وانها تقتضی التقابل بین المعطوف والمعطوف علیه
ولا تقابل اذا کانت عین النوایب وحصته فیکون الروایة باو ردا
لهذا القول ویحتمل ان یکون دلیلا علی ان المراد حصته یعنی انه روی او مکان
الواو فعلم انه لیس عینها بل حصة منها اذ العطف باو لا یصح عند کونها
عین النوایب وعطف الاخص علی الاعم باو جایز عند البعض قوله ووجه
الفرق ان المقر اقر بالدین ثم ادعی حقا لنفسه وهو تاخیر المطالبة
الی اجل فان قلت هذا بیان تغییر وهو یصح موصولا فینبغی ان یکون للمقر
اجیب بانه ان کان بیان تغییر فصحته متصلا لا یستلزم قبول قوله بلا حجة
بل ان انکارا محضا یقبل وان کان دعوی شیء لنفسه لا یقبل الا بحجة
اذ البینة علی المدعی والیمین علی المنکر نظیر الاول ما اذا قال غصبت الفا
فقال وهی ستوقة ووصل کان القول له لانه ینکر وجوب غیره فمن
ادعی علیه غیره فعلیه الحجة ونظیر الثانی ما اذا قال رب المال شرطت
لك نصف الربح وزیادة عشرة وقال المضارب بل شرطت لی نصف الربح
لا غیر فالقول للمضارب ولا یصدق فی قوله وزیادة عشرة لانه یدعی
بذلك عقدا آخر وهو الاجارة بدعوی فساد عقد المضاربة لانها اذا افسدت
تصیر اجارة فلا یصدق فیه وفی الحاشیة ان بیان التغییر یصح موصولا اذا
لم یکن له مکذب وهنا مکذب فلا یصح ویرد علیه ما اذا اقر بغصب الف ثم قال
هی ستوقة فانه یصدق مع تکذیب المقر له انتهی ان یراد بالتکذیب انکار
ما یدعیه المقر حقا لنفسه فیؤل الامر الی ما ذکرنا قوله والشافعی
الحق الثانی بالاول وابو یوسف فیما روی عنه الحق الاول بالثانی
هکذا فی عامة النسخ والصحیح ان یقال والشافعی الحق الاول بالثانی وابو
یوسف الحق الثانی بالاول لان عند الشافعی القول للمقر فی الفصلین
ومذهب ابی یوسف فیما روی عنه علی عکسه کذا فی الشرح وفی الکافی
ویحتمل ان یکون له قولان او کان لفظ المصنف والشافعی الحق الاول بالثانی
وابو یوسف فیما روی عنه الحق الثانی بالاول والتغییر وقع من الکاتب

ثم لفظه

ثم لفظه وهل یجوز ان یکون الحق الثانی بالاول من قبیل التشبیه المقلوب
ومعناه ان الاول بلغ فی متانة حکمه وهو ان یکون فیه قول المقر مقبولا
یلحق الثانی به فی اثبات ذلك الحکم علی نحو قوله وبدا الصباح کان غرته
وجه الخلیفة حین یمتدح وهکذا نقول فی قوله وابو یوسف الحق الاول
بالثانی قوله لان الاول دین والثانی مطالبة ثم هو ای المطالبة تابع
للدین لانها لا تتصور الا بعد تحقیق الدین سواء تحقق علی من علیه المطالبة
او علی غیره والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة الراجح باجماع العقلاء
ولا یظهر المطالبة بمقابلة الدین ولئن سلم ان علی الکفیل الدین کما هو
مذهب البعض فالدین علی الاصیل راجح علی الدین علی الکفیل لانه ضروری
یثبت بضرورة توجه المطالبة الیه والدین علی الاصیل یثبت علی الاطلاق
فیکون راجحا ایضا قوله ولا یؤدی الی الدور لان قضیته الاستواء
توضیحه ان الرجوع بنصف ما ادی احدهما علی صاحبه فی هذه المسئلة
لتحقیق المساواة بین الکفیلین لاستوائهما من کل وجه وانها لا تتحقق
الا برجوع احدهما بنصف ما ادی اذ لو رجع علیه صاحبه لفاتت المساواة
فیعود الامر علی موضوعه بالنقض واما المسئلة الاولی فالرجوع فیها
لیس لتحقیق المساواة لعدم الاستواء بینهما فلو رجع قبل اداء النصف
لرجع بجهة انه اداه عنه وعند الرجوع یصیر صاحبه ایضا مؤدیا بالنایب
فیکون له ایضا حق الرجوع علی المؤدی بنصف ما ادی عنه فیؤدی الی الدور
قوله لانه کفل بجمیع المال عنه بامره فان قلت نعم ولکن ما اداه وقع
شایعا علی ما مر فوجب ان لا یرجع علی الاصیل الا بقدر ما یقع کفالته
عنه اجیب بان هذا الاداء وان وقع شایعا فهو یوجب سقوط مطالبة کل
الدین عن الاصیل فصار هذا الاداء فی حقه کاداء الکل عن کفالة الاصیل
من حیث ان کلا منهما یوجب سقوط المطالبة عنه فیوجب حلولها للکفیل
علیه من الدین المؤجل علی ما مر وذلك ان اداء الکل عن کفالة الاصیل
انما یوجب حلول الدین باعتبار انه یوجب سقوط مطالبة کل الدین عن الاصیل
وهذا الاداء الواقع شایعا مثله فی اسقاط المطالبة فیوجب الحلول ایضا
ومتی حل ما للکفیل علی الاصیل ثبت له حق المطالبة قوله ویجعل کفیلا
فی حق صاحبه لا یقال کیف یجعل کفیلا به فی حق صاحبه مع ان الالف
فی حق الصاحب یجب بدل الکتابة والکفالة ببدلها باطلة لانا نقول
ما لا یصح من الکفالة ببدل الکتابة هی الکفالة من کل وجه وهذه کفالة
من وجه دون وجه لانها کفالة فی حق الصاحب دون المولی لانه یطالبه

بحكم الاصالة فيجوز وذلك ان بدل الكتابة دين من وجه دون وجه فلو كان
دينا من كل وجه صحت الكفالة اذا كانت كفالة من وجه ولم تصح اذا كانت
من كل وجه قوله وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه الواو للحال اى
والحال ان كلا منهما كفيل عن صاحبه فينبئ عن اشتراط الكفالة
للكتابة اذ الاحوال شروط فيوافق وضع المسئلة ما قالوا فى وجه
القياس ان هذه كتابة شرط فيها كفالة المكاتب والكفالة ببدل
الكتابة وكل ذلك فاسد والكتابة تفسد بالشرط الفاسد قوله
وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصلا الخ فان قلت هذا الطريق
انما ينفع اذا ارتفع به ما يوجب فساد الكتابة من كفالة المكاتب والكفالة
ببدل الكتابة ولا يرتفع به شئ من ذلك فلا يجدى نفعا قلنا بل يرتفع
به ذلك لان الفاسد من كفالة المكاتب هو كفالته بما لا يكون عليه
بجهة الاصالة وهذه كفالة بما عليه اصالة حيث جعل المال على كل منهما
اصالة وكذا الفاسد من الكفالة ببدل الكتابة هو الكفالة من كل وجه
وهذه كفالة فى حق الصاحب اصالة فى حق المولى ومثل هذه الكفالة
جايزة ببدل الكتابة فجعل كل منهما اصيلا فى وجوب الالف وعتق الاخر
معلقا بادائه حصل الاحتراز عما هو الفاسد من كفالة المكاتب
والكفالة ببدل الكتابة فيصح الكتابة والكفالة جميعا فتأمل قوله
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما فان قلت اجتمع فى كل
من العبدين جهة الاصالة وجهة الكفالة وقد سبق انه لا معارضة
بين هاتين الجهتين فينبغى ان يقع كل ما اداه احدهما عن نفسه بجهة
الاصالة لا عن صاحبه بجهة الكفالة وايضا رجوع المؤدى بنصف ما
اداه الى صاحبه يستلزم الدور اذ لصاحبه ان يقول انت اديته عنى
ولو اديت بنفسى كان لى الرجوع عليك فكذا اداؤك عنى على ما مر بيانه
فى المسئلة الدورية قلت جواب هاتين الشبهتين يخرج عن قوله
لاستوائهما اى لاستواء كل من العبدين من حيث ان كل واحد اصيل
فى وجوب الالف عليه وعتق الاخر معلق بادائه وكفيل فى حق صاحبه
بيانه انهما لما استويا لا بد وان يرجع احدهما على الاخر بنصف ما ادى
اذ لو لم يرجع لكان غير المؤدى تابعا للعتق من كل وجه وذلك ليس من قضية
العقد ثم لما رجع بالنصف حصل الاستواء المقصود بالرجوع فلو رجع
غير المؤدى الى صاحبه بعده فات الاستواء فيعود الامر الى موضوعه
بالنقض بخلاف المسئلة الدورية حيث لا مانع عن رجوع غير المؤدى

فيها اما ههنا فالمانع موجود وهو فوت المساواة المقصودة بالرجوع
فافترقا وذكر فى الشاهان فان قلت ينبغى ان لا يرجع بشئ قبل ان
يزيد ما اداه على النصف لان على كل واحد النصف فى الحقيقة والكل
لتصحيح التصرف قلت لو كان كما ذكرت لعتق المؤدى باداء النصف
لانه ادى ما عليه ولم يعتق فيقع المؤدى شايعا تم لفظه واعترض
عليه فى الحاشية بان عدم عتقه فى اداء النصف لعدم الشرط لا لاجل
شئ اخر لان عتقه معلق باداء الكل فعدم العتق لا يدل على الشيوع
فيجب ان لا يرجع قبل ان يزيد ما اداه على النصف هذا لفظها قلت
من ضرورة تعليق المولى عتق كل واحد منهما باداء الكل وقوع المؤدى
على الشيوع اذ لو لم يشع برئ المؤدى بالنصف عما عليه من البدل
وبراءة المكاتب من بدل الكتابة يوجب عتقه فلا يتعلق العتق باداء
الكل ضرورة وفيه تغيير التصرف فقلنا بوقوعه شايعا فما ذكر
فى الحاشية انما توجه ان لو صح تعليق عتق المكاتب بما هو ليس من بدل
الكتابة بعد ما ادى بدلها وهو ليس بصحيح لانه شرط فاسد والكتابة
يبطل بالشرط الفاسد واشتراط اداء ما ليس ببدل الكتابة شرط
فاسد لا يقتضيه العقد ففى القول بتوقف عتق المؤدى بما ليس من الكتابة
ابطال الكتابة لبطلانها بالشروط الفاسدة قوله المعتق بالكفالة
فان قلت كيف يكون المعتق هنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة به لا تصح
قلنا هذه فى حالة البقاء لانه لم يكن هذا كفالة فى ابتدائه ببدل الكتابة
بل كل بدل الكتابة كان واجبا على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة على ذلك
الوجه بقدر الامكان وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلا من غير المعتوق
ببدل الكتابة بقاء ويجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كذا فى الشرح
فان قلت سيأتيك ان الكفالة ببدل الكتابة انما لا يجوز لان المكاتب
لو عجز نفسه سقط الدين ولا يمكن اثباته على هذا الوجه فى ذمة الكفيل
واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وهذا يقتضى ان لا يصح
الكفالة ببدل الكتابة بقاء ايضا لان ما لا يتحقق معنى الكفالة فيه وهو
الضم لا يكون محلا لها وما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء فيه سواء
كحرمة المصاهرة فى النكاح اجيب بان الكفالة ببدل الكتابة ان كان
لا يتحقق فيه معنى الضم من حيث الوصف فقد يتحقق فيه من حيث اصل الدين
فقلنا لا تصح الكفالة به ابتداء باعتبار ان الضم من حيث الاوصاف
غير ممكن وتصح بقاء باعتبار انه ممكن من حيث الاصل عملا بالجهتين قوله

ولم يرض به يشير الى ان رضاء المولى بتعلق الدين بما فى يد العبد او برقبته
شرط لظهور الدين فى حق المولى ولكن الدين اذا ثبت بسبب لا اذن له
كاستهلاكه مال الغير فانه يظهر فى حق المولى ايضا وان لم يكن راضيا به **قوله**
فلا تنقلب موجبة ابدا **فان قلت** اذا زوج ابنه الصغير فى صحته وضمن عنه
المهر وقبلت المرأة الضمان صح فلو اداه فى حيوته لا يرجع فى مال الصغير
ثم اذا مات واخذت من تركته رجع ساير الورثة بذلك فى نصيب الابن
فهذه كفالة لم تقع موجبة للرجوع لكونها بغير امره حتى لا يرجع فى حيوته
ثم بموته تنقلب موجبة له **قلت** بل هذه كفالة بامر المكفول عنه لكنه
موجبة للرجوع لولاية الاب عليه فالاقدام على الكفالة دلالة الامر
من جهته كما لو كفل به اجنبى بامر ابيه وادى فانه يرجع وانما لا يرجع الاب
اذا ادى فى حال حيوته لانه قام دلالة التبرع لان تبرع الاباء بمهر الابناء
حال الحيوة متعارف لا لان الكفالة لم تقع موجبة للرجوع حتى لو ادى
واشهد انه يؤديه ليرجع كان له الرجوع فى مال ابنه **قوله** كمن كفل
بغير امره فاجازه **فان قلت** الكفالة بغير الامر غير موجبة للرجوع بداية
ولا اثر للاجازه فى الكفالة لعدم احتياجها اليها فكان وجودها
بعد تحقق الكفالة بمنزلة بخلاف ما نحن فيه اذ الكفالة هنا بالامر
وهى توجب الرجوع غير ان الرق مانع كالعرف فى كفالة الاب على ما ذكرنا
فاذا زال المانع وجب ان يرجع **اجيب** بان الكفالة بالامر انما توجب
الرجوع لانه يجب بنفس الكفالة للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب
للطالب عليه الا انه اخرت مطالبته الى حين ادائه وكفالة المولى عن عبده
لا توجب دينا عليه فلا توجب الرجوع فصارت كانها بغير الامر فلا تنقلب
موجبة للرجوع بالعتق كما لا تنقلب الكفالة بغير الامر موجبة له بالاجازة
قوله ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة تخصيص مال الكتابة غير مقيد
فانه كما لا يجوز الكفالة بدين الكتابة لا يجوز بدين اخر للمولى ايضا لانه
يسقط عند العجز ايضا فكانه انما خصه بالذكر لانه اصل وساير الديون
يتبعه وجوبا وسقوطا بالتعجيز نعم يشكل بان المكاتب يحبس بدين
للمولى عليه سوى بدل الكتابة ولا يحبس فى بدلها وعللوه بانه لا يصير
ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة فان له ان لا يؤدى ويرد نفسه فى الرق
والحبس جزاء للظلم ولم يوجد وان كان عليه دين غير بدل الكتابة
يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ سبب ذلك الدين كذا فى الذخيرة فلو كان
المكاتب متمكنا من اسقاط ساير الديون للمولى عليه بالتعجيز تمكنه

من اسقاط

من اسقاط مال الكتابة لم يحبس فى دين غير بدل الكتابة ايضا وغاية ما يمكن
ان يقال ان المكاتب لما كان متمكنا من اسقاط ساير الديون سوى بدل
الكتابة ضمنا لا قصدا قلنا لا تصح الكفالة بها اعتبارا لجانب الضمن ويحبس
فيه اعتبارا لجانب القصد **قوله** لانه اى مال الكتابة مال ثبت مع المنافى
والشارح جعل الضمير فى لانه للعقد فكانه لم يكن فى نسخته قوله مال والا
فحمل المال على العقد غير مستقيم **قوله** ثبت مع المنافى وهو الرق اذ المولى
لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد يشكل
بان الرق كما ينافى ثبوت الدين للمولى على العبد ينافى ثبوته للعبد على المولى
ايضا فينبغى ان لا يصح الكفالة بدين للمكاتب على المولى ايضا وقد ذكر
الشارح عن المبسوط انه اذا كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك
الدين من جنس بدل الكتابة فكفل به رجل عن المولى صح لان الاصل مطلوب
بهذا المال مطلقا فصح كفالة الكفيل به ثم **قوله** ولانه لو عجز نفسه الخ
ايضا غير مطرد لانه لا ينافى فى معتق البعض عند ابى حنيفة رض اذ الكفالة بمال
السعاية لا يجوز عنده وهو لا يقدر على اسقاطه بالتعجيز **قوله** فلا يظهر
فى حق صحة الكفالة وانما يظهر فى صحة الرهن حتى اذا اخذ من مكاتبه رهنا
ببدل الكتابة جاز لان الرهن والارتهان ايفاء واستيفاء وبدل الكتابة
يظهر فى حق الاستيفاء فكذا فى حق الرهن والارتهان وذلك انه لو لم يظهر
فى حق الاستيفاء لما افاد عقد الكتابة فائدته **قوله** لان من شرطه
الاتحاد حتى لو كان الدين مؤجلا على الاصيل ثبت كذلك على الكفيل اذا
كفل مطلقا **فان قلت** اذا كفل بدين مؤجل على الاصيل ثم مات الكفيل
قبل حلول الاجل فهو عليه حال يؤخذ من تركته ولا يرجع ورثته على الاصيل
حتى يحل الاجل لان الاجل فى حق الاصيل باق حتى لا يطالبه الطالب
بشئ فكذا ورثة الكفيل فقد اختلف ما على الاصيل وما على الكفيل حالا
ومؤجلا فلو كان الاتحاد وصفا مانعا من الضم لما اختلف هناك
ايضا وكذا لو كان الدين مؤجلا على الاصيل والكفيل جميعا ثم مات
الاصيل سقط الاجل فى حق الاصيل ولا يسقط فى حق الكفيل **اجيب**
بان حلول الدين على الكفيل بموته لا يبطل معنى الضم بل يحققه لان الدين
انما يتأجل على الاصيل بحيث لو مات يصير حالا فلو كفل عنه رجل ينبغى
ان يثبت مطالبته على الكفيل كذلك اى بحيث لو مات يحل عليه ويسقط الاجل
والا لم يكن الكفيل مثل الاصيل على ان الشارح قد ذكر ان الكفالة
ببدل الكتابة بقاء جايز فقد جوز اختلاف ما على الاصيل والكفيل

من حيث الوصف في البقاء وفيما اذا مات الكفيل انما يختلف ما عليهما
تعجيلا وتأجيلا في البقاء فلا يضر والله اعلم

كتاب الحوالة

قوله وانما اختصت بالدين لانها تنبئ عن النقل والتحول والتحويل في الدين
لا في العين اي التحويل الذي نحن فيه شرعي وهو انما يتحقق في المحل الشرعي
وهو الدين لانه عبارة عن وصف في الذمة يظهر اثره في المطالبة ولما
كان كذلك لا يتصور التحويل الشرعي في العين لان الحوالة انما تحول ما
في الذمة والعين لا يثبت فيها فلا يعمل النقل فيه كذا في الشرح وقد يشكل
بان هذا الوجه لا ينتهض دليلا على اختصاص الحوالة بالدين لامكان التحويل
الشرعي فيما سوى الدين مما يجب في الذمة ايضا كتسليم المبيع والمستأجر
ورد الرهن بعد اقتضاء الدين وتخلية الوديعة فهذه امور تجب في الذمة
حتى يصح الكفالة بها فينبغي ان يصح الحوالة ايضا توضيحه انه قد سبق
في الكفالة ان الدين فعل في الحقيقة فاذا صحت الحوالة في الدين وهو فعل
وجب ان يصح في جميع الافعال الواجبة في الذمة وقوله انما اختصت
بالدين يشعر بانها لا يصح في غير الدين الا ان يقال انما لا تصح الحوالة
بغير الدين مما يجب في الذمة لان الحوالة تأجيل معنى على ما سنذكر من الذخيرة
والتأجيل في الديون يكون لا في غيرها ثم قد يشكل بان الدين فعل على ما
مر في مسئلة الكفالة بالدين على ميت مفلس والفعل عرض والعرض
لا يحتمل النقل من معروض الى اخر **قوله** لانها تنبئ عن النقل ان اريد
انها تنبئ عن النقل الحسي لا يترتب عليه قوله والتحويل في الدين لا في العين
اذ التحويل الحسي انما يتصور في العين دون الدين وان اريد انها تنبئ عن النقل
الشرعي فلا يخفى ان لفظها لا ينبئ عن النقل الشرعي وان اريد انها تنبئ
عن نفس النقل بقطع النظر عن الحسي والشرعي لم يترتب عليه نفي التحويل
في العين بل التحويل فيه اظهر منه في الدين فكانه اراد بقوله تنبئ عن النقل
انها موضوعة في الشرع للنقل الشرعي وانه لا يتصور الا في الدين وحاصله
انها تنبئ عن النقل الشرعي في وضع الشرع لانها موضوعة للنقل الشرعي
فلا يتصور الا فيما يتصور فيه النقل الشرعي وهو الدين **قوله** وهو
لا يتضرر به بل فيه نفعه **قلت** نعم لكن نفع مشوب بالضرر فانه لو صحت
الحوالة بدون رضاء المديون لما صح ابراء الداين بعد ذلك كما لا يصح
فيما اذا كانت الحوالة بالامر وفي عدم صحة الابراء ضرر بالمديون اذ الدين
يعود عليه اذا توى ولو صح الابراء لا يعود فكان في صحة الحوالة ضرر
بالمحيل من حيث لا يصح ابراؤه عن الدين حينئذ فلا يصح الا برضاه وايضا

الهبة

الهبة ايضا تصرف في حق نفسه ولا يتضرر به الموهوب له مع انه يشترط
القبول وايضا لا نسلم انه نفع محض بل هو مشوب بضرر المنة فان نقل
الدين عن ذمته امتنان عليه كالهبة فيجب ان يتوقف على القبول دفعا
للضرر والمنة عنه الا ان يقال ضرر المنة ليس بمعتبر شرعا حتى يصح قبول الهبة
من الصبي العاقل ولا يصح منه الا ما هو خالص النفع وكذا لو قضى دين غيره
بغير امره وقبل الداين صح الاداء وامتنعت المطالبة مع ان فيه منة على المديون
فعلم انه لم يعتبر ضررا في الشرع فاما الهبة فانما تتوقف على القبول لانه
تصرف عليه بادخال الشيء في ملكه والتصرف على الغير لا يجوز الا باذنه
ولا تصرف في نقل الدين عن ذمته والتزامه على نفسه لان حاصله امتناع
المطالبة وانه ليس من التصرف في نفسه في شيء **قوله** اذا تمت الحوالة برئ
المحيل من الدين حتى ان المحتال له اذا وهب الدين من المحيل وابراه من الدين
بعد الحوالة لا تصح ولو ابرأ المحتال عليه او وهب منه يصح **فان قلت** المحتال
اذا ابرأ المحتال عليه يصح ابراؤه ولا يرتد برده كابراء الكفيل ولو انتقل
اصل الدين اليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة ولان
المحيل اذا نقد الدين يجبر المحتال على القبول ولو انتقل اصل الدين بالحوالة
لكان المحيل متبرعا في النقد كاجنبي اخر والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين
لا يجبر على القبول ولان المحتال اذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة لا يصح
ولو انتقل اصل الدين يصير المحيل اجنبيا وتوكل الاجنبي بقبض الدين صحيح
قلت ذكر في الذخيرة ان محمدا ره ذكر في الكتاب احكاما متشابهة فاعتبر
الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة دون الدين وفي بعضها
ابراء وجعل المحول بها المطالبة والدين لان اعتبار حقيقة اللفظ يوجب
نقل المطالبة والدين لان الحوالة منبئة عن النقل وقد اضيفت الى الدين
واعتبار المعنى يوجب نقل المطالبة لا غير لان الحوالة تأجيل معنى الا ترى
انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وهذا هو
معنى التأجيل فاعتبرنا الحقيقة في بعض الاحكام والمعنى في بعضها كذا ذكر
في الشرح او نقول انما لا يرتد ابراء المحتال عليه برده لما فيه من الضرر بالمحيل
لان الدين يسقط عنه بهذا الابراء مطلقا ويتقرر براءته بعدما كان
على شرف العود اليه بالتوى فكان في ذلك ابراء المحيل معنى فلا يرتد
برد المحتال عليه ولا برد المحيل ايضا لانه ابراء للمحتال عليه ايضا واما الجبر
على القبول فجوابه مذكور في الكتاب بقوله وانما يجبر على القبول اذا نقد
المحيل لانه يحتمل عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا وتقريره ظاهر

واما التوكيل بقبض الدين فانما يبطل من قبل ان الوكيل من يعمل للغير والمحيل
يعمل لنفسه لانه يسعى بالقبض في تقرير براءته عن الدين بحيث لا يعود اليه
بالتوى وللتقرير حكم الاثبات ابتداء فلا يصح توكيله به على ان المحيل يحتاج
الى اداء الدين بنفسه قطعا لرجوع المحتال عليه بعد الاداء اليه قوله
ومنه حوالة الغراس جمع غرس وهو اصل الشجر وفي الصراح غراس
بالكسر نهال ونهال نشاندن غرس بالكسر آن ماحه بيرون از رحم
زبوست بر روى جنين باشد والله اعلم بالصواب قوله وكان عليه
اى على المحيل مثل الدين وهل يؤمر بتسليمه الى المحتال عليه ام يطلب منه
البينة على مايدعى من الدين على المحتال عليه اذا كان له بينة حاضرة في المصر
وقياس مامر في باب العيب ان المشترى اذا ادعى عيبا في المبيع لم يجبر على اداء
الثمن اذا قال شهودى في المصر صونا للقضاء عن البطلان اذ لو امر باداء
الثمن ثم اذا اقام البينة على العيب وفسخ البيع يؤمر البائع برد ما اخذ من المشترى
فيبطل قضاؤه بتسليم الثمن فيؤخر صونا للقضاء عن البطلان يقتضي ان
لا يؤمر المحيل باداء مثل الدين الى المحتال عليه اذا قال شهودى حضور
صونا للقضاء عن البطلان قوله وهو ينكر والقول للمنكر فان قلت
كما ان المحتال عليه ينكر الدين فالمحيل ايضا ينكر حق الرجوع بدعوى الدين
فما بالهم اعتبروا انكار المحتال عليه الدين ولم يعتبروا انكار المحيل حق الرجوع
اجيب بان القول انما يكون للمنكر لشهادة الظاهر له والحديث اعنى قوله
عليه السلام واليمين على من انكر معلول بشهادة الظاهر والتقدير والله
اعلم واليمين على من يشهد له الظاهر والظاهر هنا شاهد للمحتال عليه اذ الاصل
فراغ الذمة عن الدين دون المحيل اذ الظاهر فيما اذا تحقق سبب الرجوع هو
ثبوت حق الرجوع لا عدمه قوله لا ان يتوى في الصراح توى بالقصر
هلاك بكسر عين الماضي وفتح عين المضارع قوله ولفظ الحوالة مستعملة
في الوكالة فان قيل الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فالمحتال يدعى
الحوالة على حقيقتها والمحيل يدعى المجاز وهو نقل التصرف وينكر الحقيقة
والاصل في الكلام الحقيقة فينبغي ان يكون القول للمحتال كذا في الحاشية
قلنا كما ان الاصل في الكلام الحقيقة كذلك الاصل في الذمة البراءة فتعارض
الاصلان فجعلنا القول للمنكر وهو المحيل لانه ينكر الدين والمحتال يدعيه
واما انكار المجاز فليس بمقصود بل مقصوده دعوى الدين او نقول
الحقيقة اصل ولكن بمعنى ان اللفظ اذا دار بين الحقيقة والمجاز فالحمل
على الحقيقة اولى اما اذا وقع النزاع في صدور الكلام على وجه لا يحتمل الا الحقيقة

اوعلى وجه

او على وجه لا يحتمل الا المجاز فلا نسلم ان الاصل حينئذ ان يحمل على صدوره
على وجه لا يحتمل الا الحقيقة بل كلا الاحتمالين سواء وهنا وقع النزاع
هكذا فالمحتال يقول احلتني بدين لى عليك اى قلت احلت بدين لك
على وقال المحيل بل احلتك لتقبضه لى وقلت احلتك على فلان لتقبض
لى دينى فلا ترجيح لما يقول المحتال على قول المحيل ولكن اعتبرنا قول المحيل
لتمسكه بالاصل وهو البراءة والمحتال يدعى عليه الدين فلا بد من الحجة
او نقول المحتال ان كان تمسك بالاصل وهو الحقيقة فتمسكه بغير مقصود
والمقصود دعوى الدين وهو في ذلك ليس بمتمسك بالاصل اما المحيل
فتمسكه بالاصل وهو براءة ذمته مقصود فكان معتبرا قوله وان كان
اسوة للغرماء بعد موت المحيل وانما كان اسوة للغرماء مع كونه اخص به
من المحيل لان العين الذى في يد المحتال عليه للمحيل او الدين الذى له
على المحتال عليه لم يصر مملوكا للمحتال له بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة
ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل واما المرتهن
فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت
لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه كذا في الشرح كتاب
ادب القاضي قوله والفاسق اهل للقضاء فان قلت قد صرح
المصنف في باب التحكيم بان الفاسق ليس باهل للقضاء حيث قال لا يجوز
تحكيم الكافر والعبد والمحدود في القذف والفاسق والصبى لانعدام
اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة قلت جوابه سيأتيك ان شاء الله
قوله لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بتقلده دونها فان قلت
هذا اذا رضى بقضائه بشرط العدالة ظاهر اذ الراضي بشرط لا يكون
راضيا دونه فاما اذا قلد عادلا ولم يشترط عدالته فيجب ان ينعزل بالفسق
لاحتمال ان يكون التقليد لا بما انه لا لعدالته فلا ينعزل بالشك اجيب
بان المتعارف كالمشروط الا يرى انه لو اشترى عبدا ثم ظهر فيه عيب
كان له الرد لان المتعارف انما هو شراء السليم دون المعيب فصارت السلامة
عن العيب شرطا وان لم يشترط فكذا هنا المتعارف هو تقليد العادل
فيكون العدالة شرطا بحكم العرف وان لم ينص عليه والراضي بشرط لا يكون
راضيا دونه نعم لقائل ان يقول ان طريان الفسق بمنزلة حدوث العيب
واذا حدث عيب عند المشترى لا يكون الرد وان كان قد اشتراه بشرط
السلامة اذ الشرط هو السلامة عند التسليم اليه لا في جميع الاوقات
المستقبلة فكذا هنا لو كانت العدالة شرطا بحكم التعارف ففاية الامر

ان يكون الشرط هو العدالة وقت التقليد لا في جميع ايام قضائه حتى لو ظهر
فسقه وقت التقليد ينعزل اما لو وجد الفسق بعد التقليد فيجب ان لا يكون
ذلك موجبا لانعزاله كالعيب الحادث ولو سلم ان الحادث كالظاهر
ففوات الرضا هنا بالفاسق لا يربو على فواته بالعيب ثم العيب لا يوجب
الانفساخ بل يوجب ولاية الفسخ فكذا هنا بالفسق يستحق العزل لا ان
ينعزل قوله وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر لقوله عليه السلام من
قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وقد يقال الحديث يقتضي ان لا يجوز تقليد المفضول
مع وجود الفاضل والمدعى انه اولى واحسن والدليل لا يوافق الدعوى
قوله لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين كان
شمس الائمة الحلواني رح يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ فقد
حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه وقال كيف يكون هذا
ثم دعا في مجلسه لمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض راسه من تحت
ذقنه اذ اعطس فاصابه الموسى والقى راسه بين يديه قوله لان الصحابة
تقلدوه من معاوية رض والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته جعل
معاوية من الجابرة وذكر غيره انه لم يكن فاسقا لمخالفة علي ومحاربته لانه
فعل ما فعل بالاجتهاد وذلك لا يقدح في العدالة فكان المصنف رح
زعم ان اجتهاده كان في غير موضع الاجتهاد لكون طريق الصواب بينا ووضوح
الدلايل على حقية علي رضي الله عنه منها ان النبي عليه السلام قال ان عمارا
يقتله الفئة الباغية وقد صح انه كان من اصحاب علي وقتله اصحاب معاوية
ومنها ان النبي عليه السلام قال الخلافة بعدي ثلثون سنة ثم يصير ملكا عضوضا
وقد استشهد علي رض على راس ثلثين سنة وقال عليه السلام لعلي رض
انك تقتل الناكثين والقاسطين والمارقين يعني اصحاب الجمل واصحاب
معاوية والخوارج وقد صحت الرواية ان عايشة رضي الله عنها ندمت على ما
فعلت فكانت تبكي حتى تبل خمارها والله اعلم بالصواب قوله وكذا اذا كان
من مال القاضي لانه اتخذه تدينا لا تمولا وفي الحاشية فصار كانه جعله وقفا
فلا يرجع فيه وهذا على قول ابي حنيفة رح مشكل لان الوقف ليس بلازم عنده
فكيف ما هو في معنى الوقف فالاولى ان يلحق بما هو خالص حق الله تعالى كالمسجد
فانه لازم عند ابي حنيفة وانما لم يلزم الوقف عنده لبقاء حق العبد فيه على ما مر
تحقيقه قوله وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المساجد للقضاء اي في مسجد
الحرام وغيره اما في الحرام فلانه لا يجوز حضور الذمي فيه واما في غيره

صح
نكبه ينكبه بالضم نداه
صح
الفسوط الجور والعدول عن الحق

صح
مرق السهم من الرمية مروقا اي خرج من الجانب
الاخر وبه سميت الخوارج مارقة لقوله عليه السلام
يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية

فلزمة

فلزمة دخول الحايض فيه فقوله لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحايض وهي ممنوعة عن دخولها فيه فمجموعه دليل على كراهة الجلوس
في المسجد لا ان قوله لانه يحضره المشرك دليل تام على كراهة الجلوس
في المسجد حتى يكون ذلك اشارة الى كراهة دخول الذمي في كل مسجد
عند الشافعي رح فيخالف ما اشار اليه في الكراهة من ان الشافعي رحمه الله
يكره دخول الكافر في المسجد الحرام دون غيره حيث قال لا باس بان يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك يكره
ذلك في كل مسجد وفي الكافي ولا باس ان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام
وساير المساجد وقال مالك يكره في كل مسجد وقال الشافعي رح في المسجد
الحرام وفي المدارك وعند الشافعي رح يمنعون من المسجد الحرام خاصة
قوله ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة
قلت بين الدعوى والتعليل نوع منافرة لان قوله ويجلس معه من كان
يجلس قبل ذلك يشير الى انه انما لا يكره جلوس غير القاضي معه اذا كان
له عادة الجلوس معه قبل تقلد القضاء اما من لم يجر عادته الجلوس معه
قبله فيكره والتعليل بقوله لان في جلوسه وحده تهمة يشير الى انه لا يكره
جلوس احد مع القاضي سواء كان يجلس معه قبل القضاء اولا فكانه قيد
بقوله من كان يجلس معه اتفاقا اذ الغالب انه لا يجلس معه الا من كان
يجلس معه قبل ذلك والله اعلم قوله وكذا اذا زاد المهدي اي لا يقبل
هديته ايضا اذا زاد ظاهر الكلام يشير الى انه يرد الهدية كلها لا قدر
الزيادة فقط وذلك انه لما زاد صارت الزيادة قرينة على انه انما اهدى
للقضاء فيرد الكل قوله ويدخل في هذا الجواب قريبه والفرق بين قبول
الهدية من القريب وقبول الدعوة الخاصة منه على ظاهر الجواب ان الهدية
انما تقبل من القريب لجري العادة بها قبل القضاء واما الدعوة الخاصة
فليست بمتعارفة لاجل الاقرباء فكانت لاجل القضاء فيتهمه قوله ويعود
المريض هذا اذا لم يكن من المتخاصمين اما اذا كان فلا ينبغي ان يعود لانه
يؤدي الى ايذاء الخصم الاخر والتهمة قوله قال عليه السلام للمسلم
على المسلم ستة حقوق فان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه
اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضر جنازته
واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس
ان يشمته قوله ولا يضيف احد الخصمين فيه اشارة الى انه لو اضافهما
جميعا فلا باس به وبه صرح في المبسوط قوله واذا حضرا سوى بينهما

في الجلوس وفي النوازل رجل خاصم السلطان الى القاضي فجلس السلطان
مايلي القاضي في مجلسه وجلس الاخر على الارض ينبغي للقاضي ان يقوم
من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي
بينهما حتى لا يكون مفضلا لاحدهما وهذه المسئلة دليل على ان القاضي
اذا وقعت له او عليه حادثة لا باس ان يحكم فيه خليفته وعلى ان القاضي
يصلح قاضيا على السلطان الذي قلده **قوله** واستحسنه ابو يوسف
في غير موضع التهمة تأخير دليل ابي يوسف عن دليلهما وتسميته استحسانا
كل ذلك دليل على ان المختار عند المصنف قول ابي يوسف رح والله اعلم

فصل في الحبس **قوله** وهنا اذا ثبت الحق باقراره الى ان قال
اما اذا ثبت بالبينة حبسه وذكر في الفوايد الظهيرية وكان والدي
يقول حكي عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي انه يقول ان ظهر الدين
بالبينة لا يحبسه اول مرة وان ظهر بالاقرار يحبسه فكان عكس مسئلة
الكتاب والوجه فيه ان الدين متى ثبت بالبينة كان له ان يعتذر فيقول
ماكنت علمت ان له علي دينا فاذا علمت فالآن اقضي ولا اتوانى في قضائه
ولا يمكنه مثل هذا الاعتبار في فصل الاقرار كذا في الشرح والجواب
ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو كان الدين ثابتا بالمعاينة
كان لا يقبل قوله ماكنت علمت بالدين الخ فكذا اذا ثبت بالبينة اما في فصل
الاقرار فاعتذاره بما ذكر في الكتاب اعتذار صحيح فكان الحكم كما هو المذكور
في الكتاب اصح من المحكي عن شمس الائمة ثم انما لا يحبسه القاضي متى ثبت الدين
عنده باقراره اذا لم يسبق منه جحود اما لو كان جحد قبل الاقرار فلما قدم
الى القاضي قر يحبسه القاضي لانه ظهر ظلمه عند القاضي قالوا وهذا
تأويل مسئلة الكتاب **قوله** فان امتنع حبسه يعني وان ادعى الفقر
ويدعي خصمه اليسار اما اذا اتفقا على فقره لا يحبسه لقوله تعالى وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وان اتفقا على الغناء حبسه ايضا لظهور مطله **قوله**
ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير اعلم انه اذا ثبت الدين فقال
المدعي هو موسر وقال المطلوب انا معسر فقد قيل القول قول المديون
وقيل كل دين اصله مال كثمن البياعات فالقول فيه للمدعي والا فللمدعى
عليه وقيل ما كان سبيله الصلة كنفقة المحارم فالقول فيها للمدعى عليه
وفيما سوى ذلك فالقول للمدعي وقيل ما لزمه بمعاقدته فالقول فيه
للمدعي وما لزمه حكما بمباشرته العقد فالقول فيه للمديون وقيل ان كان
عليه زي الفقراء فالقول له وان كان زي الاغنياء فالقول للمدعي

الا في

الا في اهل العلم والاشراف فانهم يتكلفون لباسهم مع حاجتهم حتى لا يذهب
ماء وجههم فلا يكون دليل اليسار **قوله** ولا يحول بينه وبين غرمائه
ويقال ينبغي ان يحول لانه استحق النظرة الى الميسرة بالنص قال الله تعالى وان
كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولو ثبت التاجيل من الداين لحال بينهما
فكذا فكذا اذا ثبت من الشرع

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي قال الشارح القياس
يأبى جواز العمل به لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه
مجلس القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي
فكذا اذا كتب اليه ولان الكتابة قد تزور ويفتعل والخط يشبه
الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكن
جوزنا العمل به فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رض انه يجوز ذلك لحاجة
لانه في غير عمله يلتحق بواحد من الرعايا والكتاب اليه خطاب في عمله اذ الكتاب
من الغايب كالخطاب من الحاضر وخطابه في عمله لكمال ديانته ووفور
ولايته مقبول فلا يلزم من عدم قبول عبارته في مجلس قاض اخر وهو خطاب
في غير عمله عدم قبول كتابته وهو خطاب في عمله واما ثانيا فلانهم
شرطوا لقبول الكتابة شهادة رجلين او رجل وامرأتين وكذا اشترط علمهم
بما في الكتاب عند ابي حنيفة ومحمد رح وبذلك تزول شبهة التزوير والافتعال
والجواب اما عن الاول فلان ما ذكر الشارح يصلح وجها للقياس جلي
ظاهر الصحة باطن الفساد كما قالوا فيمن تلا اية السجدة في صلوته ان
في القياس يجزيه الركوع لان النص قد ورد به قال الله تعالى وخر راكعا
اي ساجدا وفي الاستحسان لا يجزيه لان الشرع امر بالسجود فلا يتادى
بغيره كسجود الصلوة ولا يخفى ان ما ذكرها من وجه القياس ليس بادنى
مما ذكروا في وجه القياس في مسئلة التلاوة فيصلح وجها للقياس جلي
ظهور صحته وخفي فساده وما ذكرت فهو وجه الاستحسان فلا يرد واما
عن الثاني فلان ما يحتمل الاشتباه في نفسه لا يزول الاشتباه عنه
بالشهادة بل يقل لجواز ان يظن الشاهد غير المشهود به مشهودا به للاشتباه
وعدم التميز ولا خفاء ان الكتاب يشبه الكتاب فربما يظن الشاهد
غير كتاب القاضي كتابه لكونه مثله فيشهد بذلك على ظنه فلا يخلو عن شبهة
زائدة يخلو عنها جنس الحجج فينبغي ان لا يجوز لكن جوزناه بالنص **قوله**
فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة المراد من الخصم هنا وكيل الغايب
والمسخر الذي جعل وكيلا لاجل اثبات الحق عليه وان لم يكن وكيلا في الحقيقة

ثانيا ان الكتاب اليه وفيه نظر اما اولا فلان عبارته
في مجلس قاض اخر خطاب في غير عمله وهو غير مقبول
صح

اذ لوكان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب القاضى لان
حكم القاضى قد تم على الخصم فلا يحتاج فى تنفيذه الى قضاء قاض اخر ولو
لم يكن خصما اصلا لا المدعى عليه ولا نايبه وقد حكم القاضى بالشهادة كان
قضاء على الغايب وهو لا يجوز عندنا فعلم ان المراد من الخصم وكيل المدعى عليه
ليصح حكم القاضى عليه كذا فى الشرح قلت جاز ان يراد بالخصم المدعا عليه
بنفسه اى الخصم اذا كان حاضرا والمدعا به غايبا وهو بحال لا يجوز الحكم عليه
بدون الاشارة اليه جاز الحكم بالشهادة ويكتب كتابا الى القاضى هكذا
ذكر فى بعض الحواشى ذكر فى الذخيرة بخارى ادعى دارا على سمرقندى عند
قاضى بخارى ان الدار التى فى يد هذا السمرقندى فى محلة كذا حدودها كذا ملكى
وحقى وفى يده هذا بغير حق واقام على ذلك بينة فالقاضى يقضى بالدار
للمدعى ويصح قضاؤه لان المقضى له والمقضى عليه فى ولايته وليكتب الى قاضى سمرقند
لاجل التسليم هكذا لفظه ذكره فى الحاشية فكان فائدة الكتاب ح هو
الاعانة بامر المدعا عليه بالتسليم ثم لو كان المراد به هو المسخر الذى جعل
وكيلا فلا يخلو اما ان كان حكم القاضى عليه تاما كالحكم على المدعى عليه
لنفسه بحيث لا يحتاج القاضى المكتوب اليه ثانيا الى الحكم او لم يكن كذلك
فان كان الحكم تاما لم يكن فى الكتاب فائدة سوى ان يعين المكتوب اليه
المدعى بان يامر المدعا عليه ويجبره على التسليم ولا يخفى ان هذه الفائدة
تحصل لو اريد بالخصم المدعى عليه نفسه ايضا فلا حاجة الى ان يراد به المسخر
وان لم يكن الحكم عليه تاما بل يحتاج المكتوب اليه الى الحكم ثانيا فلا حاجة
ح الى مثل هذا الحكم وكتابته الى قاض اخر بل يكفيه ان يكتب بالشهادة فحسب
على انه ذكر فى الذخيرة اذا نصب القاضى مسخرا عن الغايب لا يجوز حكمه وتفسير
المسخر ان ينصب القاضى وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة عليه نعم زعم
بعضهم ان فى مسئلة المسخر روايتين ولكن لا اختلاف فى قوله وان شهدوا
على خصم حكم بالشهادة وكتب بحكمه فلا يصح ان يحمل على المسخر والا وجب
ان يكون فيه روايتان كما فى مسئلة المسخر والامر بخلافه فلا ان يكون المعنى
ان المراد بالخصم وكيل المدعى عليه عند من لا يجوز التسخير او المسخر عند من يجوزه
فان قلت اذا كان المدعا عليه نفسه حاضرا امكن للقاضى ان يحكم عليه ويامر
بالتسليم ايضا فلا يحتاج الى ان يكتب الى قاض اخر لا للحكم ولا للامر بالتسليم
وما شرع الكتابة الا للحاجة فلا يشرع فيما لا حاجة اليه بخلاف ما اذا كان الحاضر
وكيل المدعى عليه او المسخر لتعذر الامر بالتسليم لانهما لا يملكان التسليم فيحتاج
الى الكتابة لفائدة الامر بالتسليم اجيب بانه وان امكن للقاضى الحاكم

على المدعى عليه

على المدعى عليه نفسه ان يامر بالتسليم فلا امن من ان ينكر المدعى عليه التسليم
بانكار القضاء عليه فيحتاج الى اثبات القضاء عند قاضى تلك البلدة
ليامره بالتسليم وعند الكتابة الى ذلك القاضى يقع الامن عنه وكذا الامر
بالتسليم لا يقطع احتمال المماطلة اذا ذهب الى بلده فيكتب الى القاضى
ليامره بالتسليم عند مماطلته ايضا فيكون فائدة الكتابة قطع احتمال المماطلة
وانه فائدة صحيحة داعية الى شرع الكتاب على ان المدعا عليه انما يسلم
المدعى اذا كان فى بلد اخر اذا ذهب الى تلك البلدة وانه اذا ذهب اليه
يخرج عن ولاية القاضى الكاتب فلا يبقى لامره بالتسليم عبرة فلا بد
من امر قاضى تلك البلدة ليفيد والله اعلم قوله يندرج تحته النكاح
فان قيل الاشارة فى النكاح شرط وكتاب القاضى فيما يحتاج الى الاشارة
لا يجوز قيل الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل والمرأة وهو ليس بمدعى
وانما المدعى شىء اخر فصار النكاح نظير الدين فان الدين فى الذمة ولا اشارة
الى الغريم شرط ومع هذا جاز كتاب القاضى اليه كذا فى الشرح قوله
للحاجة الى الاشارة وقد يشكل بانه كما شرطت الاشارة الى المدعى يشترط
الى المدعى والمدعى عليه ايضا ثم الاشارة الى المدعى عليه تسقط اذا
شهدوا عند القاضى مع غيبة المدعى عليه لينقل القاضى الشهادة الى قاض
اخر بالكتابة فكذا ينبغى ان يسقط الاشارة الى المنقولات ايضا والا
فلا فرق وكما يتعذر الجمع بين الشهود والخصم ربما يتعذر الجمع بين الشهود
والمنقول ايضا بان كان غايبا فى بلد اخر قوله لان الالزام فيه بالشهادة
لا بالتزكية مشكل لما سياتيك من قوله وان رجع المزكون عن التزكية
ضمنوا عند ابى حنيفة لان التزكية اعمال الشهادة اذ القاضى لا يعمل فيها الا
بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط
محض هذا لفظ الكتاب وهذا تصريح بان التزكية ملزمة للقضاء على القاضى
لا كما ذكر هنا من نفى الالزام عن التزكية قوله ويجب ان يقرا الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم فان قلت
الشرط هو العلم بالمشهود به اما العلم بغيره فليس بشرط لقبول الشهادة
وهنا المشهود به هو ان هذا الكتاب من قاضى فلان فى بلد كذا وهذا
القدر معلوم الشاهد بدون ان يقرا عليهم الكتاب ويعلمهم بما فيه
واما ما فى الكتاب فليس بمشهود به فينبغى ان لا يشترط العلم به كما هو مذهب
ابى يوسف رح اجيب بان القاضى انما يقبل الشهادة اذا علم بشهادتهم
ان هذا كتاب قاضى فلان نقل الحق من عنده والعلم بهذا لا يحصل الا ببيان نعم

ما فى الكتاب اذ لو لم يبينوا ما فيه تمكنت فى شهادتهم شبهة من حيث ان
عدم العلم بما فى الكتاب دليل على انهم لم ينقلوا من قاضى فلان بل وجدوا
كتابا ملقى فى الطريق بهذا الختم والعنوان واخبروا عندى بذلك اذ
العادة جارية بتعليم ما فى الكتاب اذا لم يقصد فيه الاخفاء فاذا لم يبينوا
ما فيه تمكن فى شهادتهم شبهة منافية لحصول العلم بما شهدوا به والشهادة
ترد بالشبهة فمعنى قوله لا شهادة انه لا شهادة الا بعلم الشهود المشهود
وجهل الشهود بما فى الكتاب دليل على عدم علمهم بانه كتاب قاضى فلان
وانما اخبروا بالظن والوهم لا بالعلم فلا يقبل شهادتهم او معناه لا قبول
شهادة الا بعلم القاضى الحق بشهادتهم وجهل الشهود بما فيه مناف
لحصول علم القاضى بما شهدوا به على ما بينا قوله ولان مبناهما اى
الحدود والقصاص على الاسقاط وفى قبولهما اى قبول الكتاب والشهادة
على الشهادة سعى فى اثباتها وهذا مشكل لما سياتيك فى اخر الهداية
ان القصاص يثبت مع الشبهة حيث قال فى الفرق بين الحد والقصاص
من حيث ان الحد لا يجب باشارة الاخرس والقصاص يجب لان الحد
لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انهم لو شهدوا بالوطئ الحرام لا يجب
الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق يجب القصاص وهذا لان القصاص
فيه معنى العوضية فجاز ان يثبت مع الشبهات كساير المعاوضات
التى هى حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى ليس فيها معنى العوضية
فلا يثبت مع الشبهات هذا لفظه فلو كان مبنى القصاص على الاسقاط
لزم ان لا يثبت ببيان فيه شبهة وجواب هذه الاشكال سنذكر
فى باب الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى فصل
قوله لانه على شرف الفوات لتوقته جعل خوف الفوات فى الجمعة
عذرا فى صحة الاستخلاف ولم يجعله عذرا فى جواز التيمم حتى لا يجوز
التيمم لخوف فوت الجمعة وعلله المصنف رح فيما مر انها تفوت الى خلف
وهو الظهر بخلاف صلوة العيد فانها تفوت لا الى خلف حيث لا قضاء
لها فيجوز التيمم عند خوف فوتها وان فيه اشارة الى ان خوف فوت
الصلوة الموقتة اذا كان لها خلف ليس بعذر فى الشرع والجمعة تفوت
الى الظهر فيجب ان لا يجعل عذرا فى صحة الاستخلاف كما لم يجعل ذلك
عذرا فى صحة ادائها بالتيمم وجعل عذرا فى صحة الاداء بالتيمم عند خوف
فوتها اذا اشتغل بالوضوء او بالغسل كما جعل ذلك عذرا فى صحة الاستخلاف
اما التفرقة فيحتاج الى مزيد تامل وايضا كونها موقتة ربما يخاف فواتها

يجوز الاداء بالخليفة وان لم يتحقق الخوف بالفعل فالخوف اذا تحقق بالفعل
اولى ان يجوز الاداء بالتيمم الذى هو خلف عن الوضوء قوله لا ان يخالف
الكتاب او السنة او الاجماع فان قلت لو قضى القاضى ببيع ام الولد نفذ
قضاؤه عند ابى حنيفة رض وقد مرت المسئلة فى البيع الفاسد مع انه
مخالف للسنة المشهورة والاجماع قال عليه السلام اعتقها ولدها وقد
انعقد الاجماع فى القرن الثانى على عدم جواز بيعهن اجيب بانه قد ثبت
من مذهب ابى حنيفة رض ان اجماع المتاخرين لا يرفع الاختلاف المتقدم
وجواز بيعهن كان مختلفا فيما بينهم ثم انعقد الاجماع على عدم جواز بيعها
فلا يخرج بهذا الاجماع عن كونه مجتهدا فيه فاذا قضى القاضى بجواز بيعها
نفذ قضاؤه لانه لاقى فصلا مجتهدا فيه واما قوله عليه السلام اعتقها
ولدها فهو وان كان مشهورا ولكنه متروك الظاهر لانعقاد الاجماع
على انها لا تعتق فى الحال فلا يكون الحكم بخلافه باطلا قوله وفى الجامع
الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاض ثم جاء قاض اخر يرى
غير ذلك امضاه وانما ذكر لفظ الجامع لان فيه فائدتين احديهما انه قيد
فيه بالفقهاء لان القاضى اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه
بموضع الاجتهاد فعلى قول العامة لا يجب على الثانى تنفيذه والثانية
انه قيد فيه بقوله يرى غير ذلك وفى رواية القدورى لم يتعرض لذلك
وكان يحتمل ان يحمل قوله امضاه فيما اذا كان راى القاضى الثانى موافقا
لحكم الاول اما اذا كان مخالفا فلا يمضيه فابانت رواية الجامع ان ذلك
الامضاء عام كذا فى الشرح وليت شعرى ما وجه دلالة قوله ما اختلف فيه
الفقهاء فقضى به قاض الى اخره على اشتراط كونه عالما بموضع الاجتهاد
كيف وانه اذا قضى فى موضع الاجتهاد غير عالم بكونه مجتهدا فيه جاز ان يقال
انه قد قضى فيما اختلف فيه الفقهاء الا ان يقال الفاء فى قوله فقضى
يدل عليه لانه للترتيب فيدل على ان يكون القضاء مرتبا على اختلاف الفقهاء
وان يكون مرتبا عليه الا اذا كان عالما بالاختلاف وانه موضع الاجتهاد
قوله لا يعتبر مخالفة البعض الظاهر ان المصنف رح اجاز قول بعض الناس
فان بعضهم لا يشترط اتفاق الكل بل يقول خلاف الواحد لا يعتبر ولا
خلاف الاقل لان الجماعة احق بالاصابة واولى بالحجة قال النبى صلى الله
عليه وسلم بالسواد الاعظم قوله والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول
هنا وجوه من الاحتمالات الاول ان الاختلاف المانع لاحداث قول
ثالث فى عصر اخر هو الاختلاف فى القرن الاول وهو قرن الصحابة

فانهم اذا اختلفوا على قولين او اقوال كان اجماعا منهم على ان ما وراءه باطل
ولا يجوز لغيرهم احداث قول اخر وهذا مختص بالصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
ولكن الصحيح ان اختلاف العلماء في كل عصر اجماع على ان ما وراءه باطل
وليس لغيرهم احداث قول على خلاف اقوالهم وما ذكر من اختصاص الحكم بالصحابة
فذلك قول غير صحيح وايضا الصدر الاول مطلق القرون الثلثة التي شهد
النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية قلما يستعمل في الاول لخصب وايضا حمله
على هذا المعنى مع كونه بعيدا لا وجه له هنا ولا يرتبط بالمقام اصلا يعرف
بالتامل والثاني ان قوله والمعتبر الاختلاف مقدمة ثانية اي ولا
مخالفة البعض في انعقاد الاجماع لان ذلك خلاف وليس باختلاف
والمعتبر الاختلاف اي في عدم انعقاد الاجماع ويأباه قوله في الصدر
الاول الا ان يجعل قيدا اتفاقيا والثالث ان يراد بالصدر الاول هو العصر
الاول يعني المعتبر في عدم انعقاد الاجماع هو الاختلاف دون الخلاف
ولكن المعتبر هو الاختلاف في العصر الاول الذي وقع الاتفاق فيه دون
العصر الثاني حتى لو اتفق علماء عصر على حكم حادثة وانقرض عصرهم ثم جاء
عصر اخر واتفق اهله على خلافه لا يكون هذا الاختلاف الواقع في العصرين
قادحا في الاجماع لا في انعقاده في العصر الاول ولا في بقائه وهذا بناء على ان
الاجماع لا ينسخ باجماع اخر ولا يعتبر الاجماع الثاني وهذا كله كلمات بعيدة
ولا يتضح لي سر قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قوله ولنا ان
العمل بالشهادة لقطع المنازعة وقد يقال بل المقصود الاصلي من العمل
بها هو اثبات الحق اذ البينات وضعت للاثبات حتى يرجح البينة المثبتة
للزيادة ولو كان المقصود بها قطع المنازعة لم ترجح بكثرة الاثبات ولما كان
المقصود الاصلي من البينة هو الاثبات لزم ان يصح القضاء على الغايب لامكان
اثبات الحق عليه واحتمال كونه مقرا لا ينافي اثباته بالبينة اذ الثابت بالاقرار
قاصر والثابت بالبينة متعد فيفيد العمل بالبينة مع الاقرار ايضا قوله
فيشتبه وجه القضاء اذ احكامهما مختلفة وقد يقال حكم الاقرار الثبوت
في حق المقر وحكم البينة الثبوت في حق الكل وهما وان كانا مختلفان فهما ليسا
بمتنافيين اذ الثبوت في حق البعض لا ينافي الثبوت في حق الكل بل هو ساكت
عنه فجاز ان يثبت بدليل اخر وانما يشتبه وجه القضاء اذا كان موجب
احدهما منافيا لموجب الاخر وتعذر للقاضي اثبات موجبهما وليس الامر
كذلك والله اعلم وجوابه ان البينة لو قبلت مع الاقرار فاما ان يثبت بها
الحق في حق المقر وغيره فذا متعذر لان الحق في حق المقر قد ثبت بالاقرار فلو ثبت

بالبينة

بالبينة لان اثبات الثابت محال ويثبت الحق بها في غيره وانه متعذر ايضا
لان البينة لم تعرف موجبة للحق في غير المدعى عليه الا في ضمن ايجابه في حقه
فيتعذر العمل بالبينة مع الاقرار فاذا لم يدر ان المدعى عليه مقر او منكر اشتبه
وجه القضاء بالضرورة والله اعلم قوله وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغايب
سببا لما يدعيه على الحاضر اي بنفسه لا محالة قيدنا بقولنا بنفسه احترازا
عما اذا كان المدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر باعتبار البقاء
لا بنفسه حيث لا يقضى بالبينة ح لا على الحاضر ولا على الغايب كمن اشترى
جارية ثم ادعى ان البايع قد كان زوجها عن فلان الغايب وبرهن عليه
يريد ردها فالقاضي لا يقبل هذه البينة لا على الحاضر ولا على الغايب
لان النكاح نفسه ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من غير اعتبار البقاء
فان البايع لو زوجها ثم ان الزوج طلقها لا يكون للمشتري الرد وانما السبب
بقاء النكاح ولم يقم البينة على البقاء ولو قامت على البقاء لا يقبل ايضا
ولا يقضى بالرد لان البقاء تبع للابتداء فاذا لم يكن ان يجعل خصما في اثبات
البقاء وكذلك المشتري شراء فاسدا اذا اقام البينة انه باع من فلان
الغايب يريد به ابطال حق البايع في الاسترداد لا يقبل لا في حق الغايب
ولا في حق الحاضر لان نفس البيع ليس بسبب لابطال حق الاسترداد ما لم يثبت
البقاء لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البايع في الاسترداد
واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لا يكون خصما في اثبات البقاء لان البقاء
تبع للابتداء وقيدنا بقولنا لا محالة احترازا عما اذا قال لامرأة الغايب
انه وكلني ان احملك اليه فبرهنت على الطلقات الثلث قبلت بينتها في قصر
يد الوكيل لا في اثبات الطلاق على الغايب لان ما تدعيه على الغايب وهو
الطلاق ليس بسبب لقصر يد لا محالة لان الطلاق لا يوجب قصر يد الوكيل لا محالة
بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان سببا لثبوت المدعا على الحاضر
من وجه فمن حيث انه سبب يقضى به في حق قصر يد الوكيل ومن حيث انه ليس
بسبب لا يقضى به في حق ازالة ملك الغايب عملا بهما هذا ماخوذ من الذخيرة
وبه يخرج الجواب عما اذا وكل رجلا ببيع عبده ودفع اليه ثم جاء ليأخذ العبد
فادعى الوكيل انه قد باع من فلان وهو غايب وبرهن لا يقبل وان كان ما
يدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر لانه سبب باعتبار البقاء
لا بنفسه فانه لو انفسخ البيع بين الوكيل ومشتريه يكون للموكل ولاية الاخذ
وعما اذا وهب لرجل عبدا وسلم اليه ثم اراد ان يرجع فبرهن الموهوب له انه
باعه من فلان الغايب لا تقبل هذه البينة وان كان ما يدعيه على الغايب

سببا لما يدعيه على الحاضر لانه سبب باعتبار البقاء لا بنفسه فانه لو انفسخ
البيع بينهما كان له الرجوع فلا بد من هذا القيد ليكون احترازا عن هاتين
المسئلتين **فان قلت** ذكر في الكافي انه لو اراد المشتري الرد بالعيب فاثبت
البايع بالبينة بيعه من فلان الغايب يقبل بينته عليه لانه خصم في اثباته
لما تعلق به من بطلان حق الرد مع ان ما يدعيه على الغايب من البيع منه سبب
لما يدعيه على الحاضر من بطلان حق الرد باعتبار البقاء لا بنفسه فانه
لو انفسخ البيع بالقضاء كان له حق الرد **اجيب** بالمنع فانه ذكر في المحيط
انه لا يقبل بينة البايع على بيع المشتري من فلان الغايب وانما تقبل
ان لو برهن على اقرار المشتري انه باع من فلان لان في اثبات البيع
من الغايب قضاء عليه من غير خصم حاضر عنه وفي فصل الاقرار الخصم
هو المشتري وانه حاضر نعم يشكل بما اذا ادعى عينا في يد انسان انها له
اشتراها من فلان الغايب وبرهن عليه يقبل ويقضى على الحاضر والغايب
جميعا مع ان شراها من الغايب ليس بسبب لاستحقاق العين من يد
ذي اليد الا باعتبار حالة البقاء فان شراه من الغايب لو انفسخ لم يكن
له استحقاقها من يده فلو اريد كونه سببا بنفسه لا باعتبار حالة البقاء
لوجب ان لا يقضى بشرائه من الغايب في هذه المسئلة وليس كذلك وجوابه
ان ما يدعيه على الحاضر في هذه المسئلة ليس الا الملك بنفسه والشراء
سبب للملك بنفسه لا باعتبار حالة البقاء بخلاف مسئلة التزويج
اذ المدعى على الحاضر هنالك انما هو استحقاق الرد باعتبار كونها ذات زوج
والتزويج السابق لا يوجب استحقاق الرد الا على اعتبار حالة البقاء اما
الشراء فيوجب الملك بنفسه لا يحتاج في ايجابه الملك الى البقاء فافترقا
نعم ما ذكر في الذخيرة من الحاق البقاء بالابتداء منظور فيه اذ البقاء
ربما يخالف الابتداء فان بيع الخمر ابتداء باطل ولو بيع عصير العنب فتخمر
قبل القبض بقي البيع ويتخير المشتري وكذا لو تزوجت امراة مكاتب
ابيها بعد موته لم يجز ولو تزوجته في حيوة ابيها ثم مات بقي نكاحها فكذا
هنا جاز ان لا تقبل البينة على ان البايع قد زوجها من فلان الغايب
لان النكاح نفسه ليس بسبب للرد بل السبب هو النكاح بوصف البقاء
ولكن تقبل البينة على بقاء النكاح لكونه على اعتبار البقاء سببا للرد
فالاولى ان يقال انما لا يقبل البينة على بقاء النكاح وبقاء البيع لانه
مما لا يحيط به علم الشاهد لاستبداد الزوج بابطال النكاح والمتبايعين
بفسخ البيع في كل زمان فيتيقن القاضي بانهما يشهدان لا عن علم فلا يقبل

شهادتهما

شهادتهما ثم قال بعض العلماء في التفصي عن هذه المسائل الواردة هنا
ان الحاضر انما ينتصب خصما للغايب فيما اذا كان ما يدعى على الغايب سببا
لما يدعيه على الحاضر اذا كان بين الحاضر والغايب اتصال حتى يصير الحاضر
بذلك الاتصال ممتازا من بين الناس فيجعل خصما عن الغايب صيانة للحقوق
اما اذا لم يكن بينهما اتصال فلا ولا اتصال بينهما في هذه المسائل فلا يجعل
خصما حتى لو ادعى المشتري على البايع انه زوجها من فلان الغايب قبل
ان اشتريها منه يقبل بينته عليه لانه بالتزويج من الغايب يثبت اتصال
بينهما وانما لا تقبل ان لو اقام بينة على ان لها زوجا غايبا او ان بايع
بايعه قد زوجها لكنه يشكل على هذا الوجه ما ذكرنا من المحيط انه لو اقام
البايع بينة على ان المشتري قد باعها يريد ابطال حق الرد عليه بالعيب
لا تقبل مع ظهور الاتصال بين المشتري والمشتري منه اللهم الا ان يمنع
المسئلة على قول هذا القائل كما هو رواية الكافي نعم يشكل بما لو ادعى
عينا في يد رجل انه لو اشتراها من فلان الغايب وبرهن يقبل بينته
وينتصب خصما عن الغايب لان ما يدعيه على الغايب سبب لما يدعيه
على الحاضر مع انه لا اتصال بين ذي اليد والغايب الا من حيث ان العين
التي ادعى شراها من الغايب في يده ولكن مثل هذا الاتصال موجود فيما
اذا اقام المشتري شراء فاسدا على بيعه من الغايب اذ المشتري الثاني
متصل بالبايع من حيث ان العين التي تعلق حق البايع به اشتراها ثم فيجاب
عما اذا اقام البينة ان البايع قد زوجها من فلان الغايب بان النكاح
ليس بسبب لما يدعيه على الحاضر من استحقاق الرد عليه بل الموجب له هو
التزام البايع تسليمها سليمة عن العيب لكن عند ظهور العيب فكان ظهور
العيب وهو النكاح شرطا لا علة والحاضر انما ينتصب خصما عن الغايب
اذا كان ما يدعى على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر اما اذا كان شرطا
فلا واما عند من يقول كونه شرطا او سببا سواء فالمسئلة عنده ممنوعة
فقد حكي عن بعض المشايخ انه يقبل البينة على النكاح في هذه المسئلة واما
الجواب عما اذا اقام المشتري شراء فاسدا او الموهوب له او الوكيل
على البيع من الغايب فنقول ان الحاضر انما يجعل خصما عن الغايب في قبول
البينة على الغايب اذا كان الحاضر يصلح خصما فيما يدعى عليه وكان ما يدعى
عليه مما يصح اثباته بالبينة وذلك لان كون الحاضر خصما عن الغايب فرع
كونه خصما فيما يدعى عليه واثبات المدعى على الغايب بالبينة فرع اثبات
المدعى على الحاضر فاذا كان الحاضر لا يصلح خصما فيما يدعى عليه ولا يصح اثبات ما يدعى

عليه

بالبينة لا يصلح خصما عن الغايب ايضا وفي هذه المسايل المطلوب من اقامة
البينة على البيع من الغايب هو اثبات بطلان حق الحاضر في الاسترداد
والرجوع وبطلان حق الرجوع مما لا يقبل الشهادة عليه مقصودا لانه في الحقيقة
شهادة على النفي لانه في المعنى دعوى عدم بقاء الحق في الاسترداد والرجوع
ومتى لم يمكن اثبات هذا المدعى بالبينة لم يصح اثبات ما يدعى على الغايب ايضا
لانه تبع كيف ولو قبلت هذه البينة لكان الغايب اصلا في اقامتها ولا يصح
اقامة البينة على الغايب الا تبعا للحاضر وحيث لا يمكن اثبات المدعى على الحاضر
بالبينة كان الحاضر تبعا في الاقامة والاثبات والغايب مقصودا وذلك
لا يجوز فبالضرورة امتنع قبول البينة في هذه المسايل والله اعلم وهذا اشكال
بما اذا اقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها ان زوجها الغايب طلقها
ثلاثا حيث تقبل في قصر يد الوكيل مع ان ما يدعيه على الحاضر وهو بطلان
حق النقل مما لا يقبل البينة عليه لانه في الحقيقة شهادة على النفي وذكر
في الذخيرة في الفصل الثالث عشر من كتاب الكفالة ان الحاضر انما ينتصب
خصما عن الغايب اذا كان ما يدعي المدعي من سبب حقه دعوى على الغايب
من كل وجه اما اذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغايب دعوى للغايب
من كل وجه ولم يكن دعوى عليه بوجه فالحاضر لا ينتصب خصما عن الغايب
لفقه انه اذا كان ما يدعي من سبب حقه على الغايب دعوى على الغايب
امكنه الاثبات بانكار الغايب متى حضر فيمكنه الاثبات بانكار الحاضر
القايم مقامه واذا كان دعوى للغايب من كل وجه لا يمكنه الاثبات
على الغايب بانكاره متى حضر فلا يمكنه الاثبات بانكار الحاضر القايم
مقامه مثال الاول ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغايب
وبرهن قبلت البينة وينتصب الحاضر خصما عن الغايب لان الشرى من الغايب
سبب لثبوت حقه على الحاضر وانه دعوى على الغايب مثال الثاني اشترى
عبدا شراء فاسدا فاسترد البايع فقال المشتري قد اقررت به لفلان الغايب
وانقطع حقك في الاسترداد وانكر البايع ذلك فاراد اقامة البينة
على اقراره للغايب لا يقبل بينته ولا ينتصب البايع خصما عن الغايب
لان ما يدعيه من سبب الحق على الحاضر وهو الاقرار للغايب دعوى
للغايب من كل وجه ولهذا لا يمكنه اثباته على الغايب بالبينة متى حضر
وانكر وعن هذا قلنا اذا كفل بامره فغاب المكفول عنه فقال الكفيل
انها من ثمن خمر او بيع فاسد وقال الطالب بل من ثمن عبد فالقول للمدعي
الجواز وان اقام الكفيل البينة على ما ادعاه لا تقبل وان كان ما يدعيه

من فساد

من فساد العقد سببا لما يدعيه على الحاضر وهو برائته عن ضمان الكفالة
لانه ليس بدعوى على الغايب بل هو دعوى له من كل وجه الا يرى انه
لو حضر المطلوب وانكر ان يكون عليه من ثمن خمر بل من ثمن عبد لا يمكن
الكفيل اثباته بالبينة عليه قوله واما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر
في جعله خصما عن الغايب وقد يقال الفقه الذي ذكروا في جعل الحاضر
خصما عن الغايب اذا كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر
وهو ان المدعي لا يتوصل الى اثبات الحق على الحاضر الا باثباته على الغايب
يتأتى في الشرط ايضا لانه كما يحتاج المدعي الى اثبات السبب على الغايب
يحتاج الى اثبات الشرط ايضا وعن هذا لم يفرق البعض بين الشرط والسبب

باب التحكيم

قوله ورضيا بحكمه الظاهر انه حال بحذف
قد اي يحكم بينهما والحال انهما على ذلك التحكيم لم يرجعا عنه جاز وجعله
عطفا على حكم ضعيف لمكان الالتباس بالعطف على القريب قوله لانه
بمنزلة القاضي فيما بينهما فان قلت لما كان المحكم كالقاضي فمن اين وقع الفرق
بينهما في حق التعليق والاضافة على قول ابي يوسف رح حتى لا يصح تعليق التحكيم
بالاخطار ولا اضافته الى المستقبل على قوله خلافا لمحمد رح بخلاف القضاء فانه
يجوز تعليقه واضافته بالاتفاق قلت ان التحكيم صلح معنى لانه لا يثبت الا
بتراضي الخصمين والمقصود منه قطع المنازعة فلا يصح معلقا ومضافا كساير
المصالحات بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض وتولية معنى ليس فيهما
معنى الصلح اذ بالتحكيم يفوض الى الحكم ما كان يملك فيصح تعليقه من ذلك الوجه
ولا يصح من جهة انه صلح فلا يصح بالشك كذا في الشرح ويشكل على هذا صحة
تعليق الكفالة بالشرط واضافته الى المستقبل باعتبار شبه النذر على ما مر
ولم يقل هناك ان تعليقه واضافته يصح من حيث انه يشبه النذر ولا يصح
من حيث انه يشبه البيع فلا يصح بالشك بل عومل فيها بالجهتين جميعا فليعمل بهما
في التحكيم فيستويان في شمول الوجود او لا يعمل بهما في الكفالة كما لم يعمل بهما
في التحكيم فيستويان في شمول العدم قوله لانعدام اهلية القضاء اعتبارا
باهلية الشهادة وهذا مشكل في الفاسق لما مر انه اهل القضاء في ظاهر
المذهب وعليه مشايخنا ولو حمل قوله لانعدام اهلية القضاء على ما روي
عن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاء الفاسق لكان صحيحا ولكن يشكل
قوله اعتبارا باهلية الشهادة الا ان يثبت اختلاف الروايات في كون
الفاسق اهلا للشهادة ايضا ويصح ان يقال قوله لانعدام اهلية القضاء
تعليل لعدم جواز تحكيم من هو سوى الفاسق اما امتناع تحكيمه فمبني

على الرواية التي لا يجوز قضاؤه كما هو الدليل على عدم جواز قضائه فهو دليل
على عدم جواز تحكيمه ايضا قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه
لا ولاية لهما على دميهما ولهذا لا يملكان الاباحة ولا يستباح برضاهما
توضيحه ان حكم التحكيم كالصلح فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز تحكيمه
وما لا فلا والحد والقصاص لا يستوفى بالصلح لانه يتضمن اباحة الدم واستباحته
برضاهما وهو لا يجوز فلا يجوز التحكيم الذي في معنى الصلح فلا يرد الاقرار
بالحد والقصاص لان الاقرار ليس باباحة بل هو بيان انه مستحق عليه
حقا للشرع او للعبد بسبب موجب لذلك قوله لانه لا ولاية لهما
على دمهما فان قلت فكيف يصح الاقرار بالحدود والقصاص قلت بان
التحكيم صلح معنى لان مبناه على المراضاة والصلح ببذل النفس لا يجوز بخلاف
الاقرار اذ الموجب هناك هو حكم القاضي وانه ليس من قبل المقر بل
هو نافذ عليه شاء او ابى فلا يكون من باب البذل والاباحة قوله
في ساير المجتهدات ليس لاحتراز عن المتفقات بل ليثبت الحكم في المتفقات
بالطريق الاولى قوله ويقال يحتاج الى حكم المولى قطعا لتجاسر العوام
وقد يقال السكوت عن الفتوى ان كان يصح لدفع تجاسر العوام فاما الفتوى
بخلاف حكم الشرع فلا يجوز لذلك وقولنا يحتاج الى الحكم المولى فتوى
بخلاف حكم الشرع لان التحكيم لما كان جايزا لم يكن حكم المولى محتاجا اليه
اذ لا معنى للاحتياج الى الحكم المولى سوى عدم جواز حكم الحكم وانه خلاف
حكم الشرع وجوابه ان حكم المولى ان لم يكن محتاجا اليه لنفاذ الحكم
وجوازه فهو محتاج اليه ليكون الحكم مبرما لا يحتمل النقض فان حكم الحكم يحتمل
النقض اذا رفع الى المولى ولم يوافق وانه بخلاف حكم المولى فانه مبرم لا يجوز
نقضه لاحد فيقال يحتاج الى حكم المولى ويراد الاحتياج للابرام مع الايهام
الى عدم الجواز قوله وان اخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية وهذا
بظاهره يخالف ما ذكر في الذخيرة حيث قال اذا قال الحكم قامت لفلان
بينة عندي على فلان بكذا فقضيته له فانكر فلان البينة والقضاء فان قضاءه
ماض عليه لان الحكم بمنزلة المولى والمولى لو قال هكذا كان قوله حجة فكذا
قول الحكم فان قيل الحكم قد خرج عن الحكومة حين اخبر انه قضى عليه فينبغي
ان لا يصدق كالقاضي بعد العزل اذا قال قضيت بكذا قلنا الحكم انما يخرج
عن الحكومة اذا حكم بين المتخاصمين وفي زعم المدعى عليه انه لم يحكم ففي زعمه
انه يخبر عن الحكم وهو حكم فيعامل معه بزعمه كالوكيل اذا قال بعت امس
وكذبه الموكل فانه يصدق الوكيل وان كانت الوكالة تنتهي بالبيع لان في زعم الموكل

انه

انه لم يبع وان وكالته لم تنته فانما اخبر بالبيع حال قيام الوكالة فعومل
معه بزعمه كذا هنا هذا كلامه وعن هذا ذكر في الحاشية ان المراد
بقوله وان اخبر بالحكم اي بعد العزل فيكون المعنى وان اخبر بالحكم بعد
العزل لا يعتمد قوله لانقضاء الولاية بالعزل مسائل شتى (جمع شتيت كقتلى جمع قتيل)
قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه منها فهو
جايز يريد به اذا كان المدعى مقدارا معلوما كالثلث حتى يكون الدعوى
صحيحة فان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح اذا ادعى اقرار صاحب الدار
بحق فيها حتى يصح الدعوى هكذا قيل كذا في الشرح والمصنف اطلق الدعوى
المذكور في قوله ومن ادعى في دار دعوى ولم يرد به نحو الثلث حيث قال
بعد هذا والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا
فكانه مال الى ان الصحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح لان الصلح لدفع الشغب
وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحقيقه في الدعوى الفاسدة لان
الدعوى وان كانت فاسدة فالمدعي يمكنه ازالة الفساد باعلام المدعى
عليه فيتحقق معنى الشغب وهذا يندفع بالصلح قوله ولو شهدوا
بعده يقبل لوضوح التوفيق فان قيل ينبغي ان لا يقبل لانه ادعى
شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة فقد
فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ فانفسخت الهبة في حق
المدعى عليه وتوقف الفسخ في حق المدعي على الرضاء فاذا اقدم على الشراء
منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ بينهما بتراضيهما فاذا اشترى
منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح كذا في الكافي ويصح ان يقال
حكم العقد يجوز ان يختلف في حق المتعاقدين بان اشترى عبدا اقر
بحريته فانه شراء في حق البايع تخليص عن ذل الرق في حق المشتري
فاقامة البينة على الشراء بعد دعوى الهبة وجحود الواهب هبته كاقامتها
على شراء عبد اقر بحريته فانه صحيح فكذا هذا فقوله ادعى شراء باطلا
ممنوع بل هو شراء صحيح في حق المدعى عليه وما ذكر في الكافي لا يتاتى
على قول محمد رح فان جحود ما عدا النكاح ليس بفسخ عنده مطلقا الا يرى
ان الموصي لو جحد الوصية لا يكون فسخا عنده حتى لو قامت البينة عليها
بعد موت الموصي يقبل على ان الاقدام على الشراء انما يكون فسخا للهبة اذا
كان شراء الرجل ملكه باطلا مطلقا وليس كذلك بل هو صحيح اذا تضمن
الفائدة كرب المال اذا اشترى ماله من المضارب صح لانه يستفيد بهذا
الشراء ولاية التصرف مع بقاء عقد المضاربة ولا خفاء ان المدعى عليه

لما انكر الهبة تعذر للمدعى ان يتصرف فيه بحكم ملكه فجاز ان يشترى منه
ليستفيد ولاية التصرف كما يشترى رب المال ماله من المضارب بل اولى
لان رب المال يتمكن من التصرف فى ملكه بفسخ عقد المضاربة ومدعى الهبة
لا يتمكن فيه بوجه وعلى هذا ينبغى ان لا يكون الاقدام على الشراء اقرارا
بالملك للبايع كما هو رواية الجامع لجواز انه اقدم عليه لاستفادة التصرف
قوله لان المشترى لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به اى بالجحود
كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ لان العقد
لا ينفسخ بفسخ احدهما ما لم يقبل الاخر صريحا او دلالة فاذا عزم البايع
على ترك الخصومة فقد رضى بفسخ صاحبه دلالة فتم الفسخ كذا فى الكافى
وانه اشارة الى ان فسخ العقد بجحود احدهما وعزم الاخر على ترك الخصومة
فسخ بالتراضى وانه مشكل لما ذكر فى الكافى فى باب العيب من قوله المشترى
اذا باع ما اشترى فجحد المشترى الثانى البيع وحلف على ذلك وعزم
المشترى الاول على ترك الخصومة ثم وجد الاول عيبا رده على بايعه
لانفساخ العقد بدون رضاه فعاد اليه قديم ملكه هذا كلامه وانه
تصريح بان انفساخ العقد عند جحود المشترى البيع وعزم البايع على ترك
الخصومة انفساخ بدون رضاه حتى لو وجد المشترى الاول به عيبا كان له
رده على بايعه ولو كان الفسخ بالجحود من احدهما وعزم الاخر على ترك الخصومة
فسخا بالتراضى لما اشار اليه هنا لم يكن له الرد على بايعه بالعيب لان الفسخ
بالتراضى بيع جديد فى حق الثالث والبايع الاول ثالثهما وليس كذلك
فان قلت قد ذكر ثمه حلف المشترى على انكار البيع وهنا لم يذكر وجاز
ان يكون الانفساخ فى صورة حلف المشترى انفساخا بلا رضاه وفيما اذا
لم يحلف يكون الفسخ برضاه اجيب بان حلفه لو كان يكفى لارتفاع العقد
لم يكن لتعرض عزم المشترى الاول على ترك الخصومة وجه وفائدة وحيث
تعرض لذلك علم ان تمام الفسخ بالجحود والعزم جميعا وكيف يكون مجرد
الحلف فسخا والبينة بعد الحلف مقبولة ولو كان العقد منفسخا بمجرد الحلف
لم يمكن اثبات العقد بعده بالبينة والله اعلم قوله ولانه لما تعذر استيفاء
الثمن لانكار المشترى ويقال لا يثبت تعذر استيفائه بنفس الانكار بل
لا بد من فقد البينة العادلة وتحقق الحلف اذ لا تعذر عند وجود البينة
العادلة ولا عند نكول المدعى عليه عن اليمين فكانه تعليل جدلى والبايع
رضى بالبيع على وجه يتمكن من استيفاء الثمن من غير ان يحتاج فيه الى الخصومة
ثم اقامة البينة او الاستحلاف فاذا احتيج الى ذلك لم يكن راضيا وهو ظاهر

قوله

قوله فات رضاء البايع فيستبد بفسخه اى بفسخ العقد بفسخ البايع بالعزم
والفعل بالامساك ونحوه ولا يحتاج الى ان يعتبر الجحود فسخا فهذا دليل
على ما ذهب اليه محمد رحمه الله من ان جحود ما عدا النكاح ليس بفسخ ايضا ولكن
لقائل ان يقول فوات رضاه هنا لا يربو على فواته فيما اذا اشترى شيئا ثم
وجده معيبا وثمه لا يستبد المشترى بالفسخ بل لا بد من التراضى او قضاء القاضى
فكذا يجب ان يتوقف الفسخ على التراضى او قضاء القاضى قوله فلا يصدق
وكانه اراد لا يصدق منفصلا فيتناول ما اذا صدق متصلا كما فى المسائل
الثلثة الاخيرة حيث يصدق فيها متصلا وان كان لا يصدق منفصلا وما
اذا لم يصدق متصلا ايضا كما فى المسئلة الاولى حيث لا يصدق فيها متصلا
لانه رجوع عن الاقرار بقبض الجياد وفى الرجوع بعد الاقرار لا يصدق متصلا
ومنفصلا بخلاف الثلثة الاخيرة لان دعوى الزيادة بيان تغيير لاحتمال
ان يراد قبض بعض الحق او قبض الثمن ذاتا لا صفة واستيفاء بعض الحق وبيان
التغيير يصح موصولا لا مفصولا ووضع المسئلة فى صورة الانفصال
حيث قال ثم ادعى وكلمة ثم للتراخى قوله فلا بد من الحجة او تصديق خصمه
يشير الى انه لو برهن على الالف يقبل بينته ويجب ان لا يقبل لانه متناقض
فى دعواه الا ان يعتبر امكان التوفيق بان كان المقر له قد باع شيئا من المقر
بالف درهم على انه بالخيار ثلثة ايام فاقر له بالالف ومدة الخيار لم تمض
بعد فرد المقر له اقراره ثم مضت المدة فى ذلك المجلس فلزم البيع ووجب
الالف فقال بل لى عليك الف وما يقال ان البينة انما تقبل لان التناقض
عفو فى محل الخفاء ففيه نظر قوله لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما
لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق ذكر هنا ان احد المتعاقدين
لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فبقى العقد فعمل التصديق وذكر
قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى فات رضاء البايع فيستبد
بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب كذا فى الكافى ووجه التوفيق ان ما ذكره
قبل هنا من قوله ان البايع يستبد بفسخه فالمراد به انه يستبد به اذا فات رضاه
من الاصل وذلك ان البايع انما رضى بالبيع بشرط ان يتمكن من استيفاء الثمن
فاذا فات التمكن بجحود المشترى البيع فات رضاه من الاصل اذ الراضى بشرط
لا يكون راضيا دونه فيستبد بفسخه كما لو اشترى عينا فاذا هو معيب او اشترى
وله خيار الرؤية او الشرط وما ذكر هنا من ان احد المتعاقدين لا ينفرد
بالفسخ فمعناه انه لا ينفرد به اذا لم يفت رضاه من الاصل وفى هذه المسئلة
لم يظهر فوات رضاء[٧] بخلاف البايع فانه لما تعذر له استيفاء الثمن بانكار المشترى

[٧] المنكر من الاصل فلا يستبد بالفسخ
ضرورة صح

فات رضاه من الاصل فيستبد بفسخه المنكر من الاصل فلا يستبد بالفسخ
وفي الحاشية ويمكن ان يوفق بان المراد بقوله فيستبد بفسخه ان لا يحتاج فيه
الى فسخ المشترى لانه قد ثبت الفسخ منه دلالة الجحود فلا يحتاج فيه الى فسخ
آخر فيثبت بهما لا بالبايع والمراد بقوله بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر
انه لم يجمع البايع على ترك الخصومة لانه لما لم يترك الخصومة لم يثبت الفسخ من جهته
وان ثبت من الآخر بجحوده والفسخ لا يثبت بالواحد فله ان يبطل الجحود
بالاقرار كما في دعوى المال وهذا لان التناقض في الاقرار غير معتبر
ثم لفظها ولا يخفى ان حمل الاستبداد على معنى ان لا يحتاج الى فسخ آخر
تاانيا غير ظاهر على انه لو كان المراد بقوله فيستبد لفسخه هذا المعنى لما افاد
التعليل الثاني بقوله ولانه تعذر استيفاء الثمن الى آخره اكثر ما يفيده
الاول وهو قوله لان المشترى لما جحد كان فسخا الخ يعرف بالتامل ثم لا اخفاء
ان المقر له لا يبطل بجحوده بالاقرار حتى يكون ذلك تناقضا في الاقرار فلا يكون
معتبرا بل يبطله الدعوى لانه يدعى عليه الفا والتناقض في الدعوى معتبر
وان لم يكن معتبرا في الاقرار اذ لا تهمة في الاقرار بخلاف الدعوى قوله
وقد انكره فكان متناقضا فان قلت ارتفع انكاره بالقضاء فصار مكذبا
فلا يكون متناقضا كما اذا رد المشترى المبيع المعيب على البايع بقضاء حيث
يكون له الرد على بايعه وان انكر قيام العيب لما انه كذب شرعا قلت التناقض
اذا كان مبناه على الخفاء لا يرد كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات
الثلث قبل الخلع وثمه كذلك لجواز ان لا يكون المشترى مطلعا على العيب
فانكر بناء عليه ثم لما اقيمت البينة عليه علم الآن فاراد الرد ولا كذلك ههنا
لانه ليس مبناه على الخفاء لانه ادعى فعل نفسه فان قلت يشكل بما اذا
ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فقضى القاضي
عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع على المكفول عنه اذا ادى لما انه مكذب
شرعا والتناقض ليس في محل الخفاء قلت انه انكر الكفالة دون الامر
بالاداء وهو منفصل عنها فانكارها لا يكون انكار الامر والرجوع
باعتباره وقد ثبت بالبينة وتادى دينه فيرجع عليه بخلاف مسئلتنا
اذ البراءة عن كل عيب لا يصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى
البراءة تناقض كذا في الشاهان قلت بنى المصنف رحمه الله ولاية المخاصمة
مع بايعه في الرد بالعيب وولاية الرجوع على المكفول عنه على التكذيب
الشرعي حيث قال في مسئلة الرد بالعيب غاية الامر انه انكر قيام العيب
لكنه صار مكذبا شرعا وقال في مسئلة الكفالة ونحن نقول انه صار مكذبا شرعا

فبطل

فبطل ما في زعمه فقد بنى ولاية المخاصمة مع البايع وولاية الرجوع على التكذيب
الشرعي لا كما ظنه هذا القائل وايضا سلمنا ان الكفالة بالامر والامر
بالاداء متغايران ولكن الثابت بالبينة هو الكفالة بالامر لا الامر بالاداء
وهو لم يقر به ايضا فلا يثبت الرجوع باعتباره نعم ان الكفالة بالامر
يتضمن الامر بالاداء ولكن انكار الكفالة بالامر انكار لما تضمنه من حيث
ثبوته في ضمنه فلا يثبت له الرجوع الا بالتكذيب الشرعي وبالجملة فالتكذيب
الشرعي له اثر في ترتب الاحكام كمن اشترى من غيره شيئا فاستحق عليه بالبينة
كان له الرجوع بالثمن على البايع وان زعم صحة البيع وعدم ولاية الرجوع
لانه صار مكذبا شرعا ثم لا نسلم ان انكاره العيب في محل الخفاء اذ المولى
لكون العبد في يده آناء الليل والنهار يتمكن ان يطلع عليه بالتفحص والتتبع
فاذا لم يطلع عليه فذلك بتقصيره بخلاف المختلعة فانها ربما يخفى عليها طلاق
الزوج لاستبداده به وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق لاستبداد المولى
به وايضا لو كانت ولاية المخاصمة في مسئلة العيب باعتبار ان التناقض
فيه عفو لكونه في محل الخفاء لكان ينبغي ان يثبت هذه الولاية له فيما اذا
لم يوجد تكذيب الشرع ايضا كما لو اقر المشترى بانه لا عيب فيه ثم ادعى فيه
عيبا والمسئلة بخلافه وايضا لو كان ولاية الرجوع في مسئلة الكفالة
باعتبار الامر بالاداء لا باعتبار الكفالة لزم ان يرجع الكفيل في هذه
المسئلة بما ادى لا بما ضمن والمسئلة ممنوعة لما مر في الكفالة ان الكفيل
بالامر يرجع بما ضمن لا بما ادى والكفالة الثابتة بالبينة كالثابتة
عيانا فيكون حكمهما واحدا وايضا قد سبق في الشرح ان محمدا رحمه الله يجوز
الرد على البايع الاول لمكان التناقض واعتذر عما قال ابو يوسف رحمه الله انه
صار مكذبا شرعا بان قوله لا عيب نفى العيب في الحال والماضي والقاضي
كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول فلو كان هذا تناقضا
في محل الخفاء لكان معفوا عنده ايضا اذ التناقض في محل الخفاء غير معتبر
عند علمائنا فالاظهر في الجواب ان يقال لا شك ان البراءة عن كل عيب
لا يصح بدون البيع فكان انكار البيع انكارا لها لاستلزام انكار اللازم
انكار الملزوم فيكون دعوى البراءة بعد ذلك تناقضا والتكذيب شرعا
انما هو في البيع دون البراءة لان التكذيب يثبت ضرورة الاثبات
بالقضاء والقضاء يقتصر على البيع اما البراءة فلا يثبت بالقضاء قصدا
وهو ظاهر ولا ضمنا لان وجود البيع لا يستلزم وجودها اما انكار البيع
فيستلزم انكارها لانها يستلزم البيع وانكار اللازم انكار الملزوم اما اثبات

اللازم

فلا يستلزم اثباتا لملزوم فبقيت البراءة على الانكار فيكون دعوى البراءة
تناقضا بخلاف مسئلة العيب والكفالة لانه لما ثبت العيب والكفالة
بالقضاء ثبت ولاية الرد والمخاصمة مع بايعه وولاية الرجوع على المكفول عنه
لان وجود العيب والكفالة عنه بالامر يستلزم وجود هاتين الولايتين
فيبطل بالقضاء ما في زعمه وفيه نظر ايضا لان انكار البراءة لم يكن
قصدا بل في ضمن انكار البيع فيجب ان يبطل ببطلانه اذ الثابت في ضمن الشئ
يدور معه وجودا وعدما الا يرى ان من اشترى شيئا ثم استحق ثم وصل
اليه بسبب لا يؤمر بالرد الى البايع وان صار مقرا له به بالاقدام على الشرى
منه الا انه اقرار في ضمن الشرى وقد بطل الشرى بالاستحقاق فيبطل
الاقرار الثابت في ضمنه ايضا بخلاف ما اذا اقر بملكه صريحا ثم اشتراه
منه ثم استحق حيث يؤمر بالرد اليه اذا وصل اليه فيجب ان يبطل انكار
البراءة عند بطلان ما ثبت في ضمنه وهو انكار البيع ويلتحق بالعدم
فلا يكون متناقضا بعد ذلك بدعواه الا ان يجاب بان بطلان المتضمن
انما يوجب بطلان ما في ضمنه اذا كان بطلانه قصديا اما اذا كان
ضروريا فلا اذ الثابت ضرورة لا يظهر في حق غيره الا يرى ان تقديم
جميع انواع الكفارات واجب على التماسي في باب الظهار لكن وجوب
تقديم التحرير والصيام منصوص عليه بقوله من قبل ان يتماسا فظهر
في وجوب الاخلاء حتى لو واقع في خلالهما وجب الاستيناف تحقيقا
للاخلاء الواجب في ضمن وجوب التقديم وتقديم الطعام لما لم يكن
منصوصا بل كان ثابتا لضرورة كون الكفارة منهية للحرمة التي اوجبه الظهار
فلم يظهر في وجوب الاخلاء وان كان وجوبه من ضرورات وجوب التقديم
وكذا النكاح اذا انعقد بين المتناكحين مقصودا يشترط له الشهود
فاما اذا انعقد ضرورة كالنكاح المنعقد بينهما بشهادة الزور فلا يشترط
له الشهود فعلم ان ما ثبت ضرورة لا يظهر في لوازمه ومتضمناته وبطلان
انكار البيع هنا ايضا ثبت بضرورة القضاء بثبوته لا مقصودا فلا يظهر
فيما تضمنه وهو انكار البراءة بخلاف الاقرار بالملك للبايع فانه قد ثبت
في ضمن الشرى وقد فسخ القاضي الشرى بعد الاستحقاق مقصودا فيظهر
في حق الاقرار ايضا والله اعلم **قوله** لان الاستثناء يصرف الى ما يليه
الخ **فان قلت** قوله ان شاء الله تعالى ان كان في حكم الاستثناء وجب
ان ينصرف الى الاخير عند الكل اذ الاستثناء ينصرف الى ما يليه من الجملة
عند علمائنا فيجب ان يصرف الى الاخير في قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي

الى بيت الله

الى بيت الله ان شاء الله تعالى في قولهم جميعا وان كان في حكم الشرط
وجب ان ينصرف الى الكل عندهم جميعا اذ الشرط ينصرف الى الكل جميعا
فان اجيب بانه شرط والاصل فيه ان ينصرف الى الكل غير انه انصرف هنا
عندهما الى الاخير بقرينة ان الذكر للوثوق والصرف الى الكل ينافيه رد
بان التعليل بقوله وكذا الاصل في الكلام الاستبداد يشعر بان صرفه
الى الاخير هو الاصل لا انه انصرف هنا الى الاخير بالقرينة ثم ما ذكر في تعليل
ابي حنيفة رحمه الله هنا يوجب ان الحكم عنده في الاستثناء كالحكم في الشرط لانه
لا يفصل **فصل في القضاء بالمواريث قوله** ولا يحكم الحال
لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ولا يكون مسئلة الطاحونة اذا كان
الماء جاريا وقت الخصومة من حيث يجعل الحال حجة لصاحب الطاحونة
في ايجاب الاجر لانهما ثمة اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا
في التاكيد والظاهر حجة للتاكيد وابقاء ما كان وفي مسئلة الميراث
اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت
ولا يصلح الظاهر شاهدا لها كذا ذكر الامام قاضيخان وفي الفوائد
الظهيرية ان التمسك بالحال انما لا يجوز لاثبات امر لم يكن في موطن انعدم
سبب الاستحقاق للحال لا في موطن يكون سببا لاستحقاق قائما
وسبب استحقاقها وهو الزوجية معدوم للحال وسبب استحقاق الاجر
قايم للحال وهو الاجارة فان قيل يشكل بما اذا مات الرجل وترك
ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال موته وقال الاخر
صدقت وكنت مسلما ايضا اسلمت في حال حيوته وكذبه الابن المتفق
على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موته فالقول قوله ولم يجعل الحال
حكما على اسلام الابن المختلف في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال
وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي
في ثبوت ما هو ثابت للحال اما اذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت
في الحال غير انهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان
السبب قايما الا يرى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع
في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين وقال
الموجر بل شهرا فالقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا
في الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وانقطاع مقدر وذلك غير ثابت
للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب حاصل الاختلاف واقع
في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام والثابت في الحال نفس الاسلام

لا اسلام مقدار وهذا هو المأخذ في المسئلة كذا في الشرح قلت ما ذكر في الفوايد من ان الاختلاف في مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب وقع في مقدار مدة الاسلام والحال لا يحكم في مثله منقوض بما اذا مات النصراني وجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وذلك ان المصنف رح حكم الحال في هذه المسئلة حيث قال ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال ولا يخفى ان الاختلاف في هذه المسئلة نظير الاختلاف في مسئلة الابنين حذو النعل بالنعل وايضا في مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب انما وقع الاختلاف في وجود الاسلام عند الموت لا في مقدار مدة الاسلام لانهما لم يختلفا بعد الاتفاق على وجود الاسلام ان الاسلام يوما كان او يومين شهرا كان او شهرين بل الورثة تدعي اسلامها بعد الموت وهي تنكر بدعوى الاسلام قبله ومثل هذا لم يعتبر اختلافا في المقدار الا يرى انه لو استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء به اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر تحكيما للحال والمسئلة تاتيك في الاجارات فلم يجعل هذا اختلافا في مقدار مدة الاباق والمرض فكذا في مسئلة الابنين بخلاف ما اذا اختلفا في انقطاع الماء كم كان بعدما اتفقا على وجود اصله فيما مضى لان تحكيم الحال هنا متعذر اذ الماء اذا كان جاريا في الحال يدل على جريانه في الماضي من الازمنة كلها وان كان منقطعا فهي تدل على انقطاعه في جميع الازمنة السابقة اما لا دلالة لها على انقطاع مقدر بيوم او بيومين فلا جرم لا يحكم الحال هناك بل يكون القول للمستاجر مع يمينه على ان ما ذكر في الفوايد من الجواب عن مسئلة الطاحونة لا يطرد فيما اختلفا بعد انقضاء مدة الاجارة اذ الاجارة تنفسخ بانقضاء مدتها فلا يكون السبب قايما في الحال في المسئلة الاجارة ايضا فالجواب الاصح والاشمل هو ما ذكره الامام قاضيخان وهو المذكور في الكافي قوله ولا كذلك بعد موته وقد يقال التركة قبل القسمة والصرف الى الوارث مبقاة على حكم ملك الميت حتى لو حدثت الزيادة قبل القسمة والصرف الى الوارث يقضى منها ديونه وينفذ بها وصاياه فكان اقرارا على الميت فيجب ان لا يصح قوله ولو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا قضي بالمال للاول فان قلت ينبغي ان يضمن النصف للثاني لانه اقر ان النصف حقه باقراره انه ابن الميت ايضا وقد سلم الكل الى المقر له الاول

قلت

قلت لا يلزم من كونه مقرا بالبنوة استحقاق المال كذا في الشاهان وذكر الشارح ان هنا يضمن المودع للثاني ايضا اذا دفع الوديعة الى الابن الاول بغير قضاء وايضا الشاهدان اذا شهدا انه ابن الميت ولم يقولوا ووارثه يقبل الشهادة ويحكم بالميراث له في الصحيح فلو لم يكن البنوة مستلزما لاستحقاق المال لاشترط في الشهادة بالارث ان يقولوا هذا ابن الميت ووارثه قوله فيكون اقرارا على الاول فلم يصح اي لم يصح في حق الاول اما في حق الثاني فصحيح حتى يضمن النصف اذا دفع الى الاول بغير قضاء كما لو اقر بالوديعة لانسان ثم اقر بها لاخر كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه باطل ويضمن للاخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها غير ان عند محمد رح يضمن قيمتها للثاني وان دفع الى الاول بقضاء وعند ابي يوسف انما يضمن اذا دفع الى الاول بغير قضاء اما اذا دفع بالقضاء فلا قوله ولان المكفول له مجهول ويشكل هذا التعليل بما اذا ثبت الدين او الارث بالاقرار فانه يؤخذ الكفيل ح بالاجماع مع ان المكفول له مجهول وجوابه ان في الكفيل اذا ثبت الدين بالاقرار روايتين عن ابي حنيفة رض قال الامام التمرتاشي رح لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتانى في ذلك اياما على حسب ما يرى فان لم يظهر وارث اخر امر بدفع المال واخذ منه كفيلا قيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا ياخذ وقيل هو قول الكل لان الثابت بالبينة دون الثابت بالاقرار فهذا التعليل محمول على احدى الروايتين ويشكل ايضا هذا بما ذكر الشارح في ادب القاضي ان الرجل اذا قلد القضاء ينظر الى حال المحبوسين فان كان فيهم قوم لم يحضرهم خصم فالقاضي يبني عذره بان يامر مناديا ينادي كل يوم فان لم يحضر رجل منهم خصم اطلقهم واخذ منهم كفيلا عند ابي حنيفة رض ولا يخفى ان هذه كفالة للمجهول وايضا قال في الكتاب ان القاضي اذا قسم مال المحيل بين غرمائه فانه ياخذ منهم كفيلا لحق المحتال عليه ان قضى الدين من مال نفسه ولحق المحتال ان مات المحتال عليه مفلسا فقد صحت الكفالة مع جهالة المكفول له وهو اما المحتال او المحتال عليه فقد قيل المذكور قولهما اما عند ابي حنيفة فلا ياخذ كفيلا لجهالة المكفول له وقيل المذكور قول الكل والفرق لابي حنيفة ان في الميراث المكفول له مجهول جهالة فاحشة وذلك وارث وغريم او موصى له فمنع صحة الكفالة اما ههنا جهالة يسيرة لان المكفول له اما المحتال له او المحتال عليه فافترقا قوله لا كما ظن البعض

اى بعض المعتزلة ان ابا حنيفة يقول كل مجتهد مصيب وانه يوافق المعتزلة
فى اعتقاد الاصابة لكل مجتهد قوله لهما ان الجاحد خاين فيؤخذ منه
كفيل كذا فى الحاشية وهو سهو لما ذكر فى الشرح عند قوله ولا يستوثق
بكفيل حيث قال وهذا بالاجماع وانما الخلاف فى اخذ النصف
الباقى للغايب وتركه فى يده ولان المال اذا كان يؤخذ من يده فلا فائدة
فى اخذ الكفيل قوله فقد قيل يؤخذ اى المنقول وفى الحاشية اى
الكفيل وهو غير صحيح لما ذكرنا من الاجماع على انه لا يستوثق بالكفيل
فى هذه المسئلة وبدليل قوله لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع
ابلغ اذ لو جعل الضمير فى يؤخذ للكفيل لكان هذا التعليل حشوا
قوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة استثناء
عن قوله لان احد الورثة ينتصب الى قوله له وعليه يعنى ان احدا لو ادعى
على الوارث دينا على الميت يكون هو خصما فى جميع الدين فيما اذا كانت
التركة جميعها فى يد ذلك الوارث الذى هو المدعى عليه وفيما لا فلا
لانه لا خصومة بدون اليد كذا فى الشرح وفيه نظر لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الميت وعن باقى الورثة فى دعوى الدين وان لم يكن شئ
من التركة فى يده صرح بذلك فى الكافى حيث قال وذكر فى الجامع
الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى فى يد الوارث
الحاضر ولو كان البعض فى يده ينفذ بقدره وهذا بخلاف دعوى
الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقى الورثة فى دعوى
الدين وان لم يكن فى يده شئ من التركة تم لفظه وفى الذخيرة فى الفصل
التاسع عشر من كتاب الدعوى ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه وليس
فى يد الوارث شئ من التركة او لم يكن للميت مال اصلا يقبل بينته هذا
لفظه وهو تصريح بما ادعينا وايضا المصنف نقل المسئلة عن الجامع
وهذه المسئلة فى الجامع مذكورة فى صورة دعوى العين كما ذكرنا عن الكافى
والشارح حملها على صورة دعوى الدين اللهم الا ان يراد بقوله يكون هو
خصما فى جميع الدين الخصومة فى استيفاء الدين لا فى اثباته يعنى ان جميع
الدين انما يستوفى منه اذا كان جميع التركة فى يده اما اذا لم يكن فلا
فح يوافق ما ذكر فى الكافى والذخيرة قوله فهو على ما فيه الزكوة اى يجب
عليه التصدق بكل مال يجب فيه الزكوة وهذا انما يستقيم على قول محمد
فاما على قول ابى يوسف فمال الزكوة ليس بمتعين حتى يدخل الارض
العشرية عنده فالظاهر انه يدخل فيه كل مال يجب فيه صدقة الفطر ايضا عنده

لانه

لانه ليس بادنى مما يجب فيه العشر فان قلت ما وجه وجوب التصدق بقوله
مالى فى المساكين صدقة وليس فيه ما يدل على الوجوب قلت المال انما يصير
صدقة بالاداء الى الفقير فلما سمى ماله صدقة وهو غير مؤدى الى الفقير بعد لا بد
وان يضمن الاداء هنا اقتضاء تصحيحا لكلامه ولكن حقيقة الاداء
فعل حسى لا يمكن تقديره سابقا فقدرنا الايجاب الذى هو فى حكم الاداء
من حيث ان الوجوب يفضى الى الوجود لا محالة فكان ايجاب المال على نفسه
كادائه الى الفقير فصح تسميته صدقة مجازا بتقدير الايجاب قوله لان
ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة من المال
يعنى ان العبد لو اوجب على نفسه شيئا انما يصح ذلك الايجاب اذا اوجب الله
عليه من جنسه اما اذا لم يوجب فلا كذا فى الشاهان فان قلت الاموال
التى لا يجب الصدقة فيها ان كانت مما اوجب الشارع الصدقة فيه من جنسه
وجب ان يدخل فى مالى فى المساكين صدقة والا وجب ان لا يصح النذر
بثياب البذلة ونحوها مما لا يجب الصدقة فيه حقا لله تعالى لفقد شرط
الايجاب اجيب بانه لا نزاع ان الاموال التى لا يجب فيها الصدقة مما
اوجب الله تعالى الصدقة على العبد من جنسه ولكن اعتبار الجنس القريب
اولى من البعيد وفيما اذا اطلق المال امكن صرفه الى النوع الذى اوجب
الشرع الصدقة فيه فلا يصرف الى غيره اعتبارا للجنس القريب اما اذا
لم يمكن اعتباره بان عين مالا لا يجب الصدقة فيه حقا لله تعالى كثياب
البذلة فلا جرم ان يعتبر لصحة ايجابه الجنس البعيد قوله معتبر بايجاب
الله تعالى وما اوجبه الله تعالى على العبد من الصدقة مضافا الى مطلق المال
كقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة انصرف الى الفضول لا الى كل المال
فكذا ما يوجبه العبد على نفسه فان قلت عبيد الخدمة ايضا مال اوجب
الشرع فيه الصدقة وهو صدقة الفطر فينبغى ان يتصدق بالعبد ايضا
قلت صدقة الفطر ليست بصدقة مطلقة هى عبادة فلا يرد كذا فى الحاشية
وفيه نظر لان الارض العشرية تدخل فى التصدق عند ابى يوسف رح
باعتبار ان جهة العبادة فى العشر راجحة مع ان العشر ليست بصدقة
مطلقة هى عبادة بل فيه معنى المؤنة ايضا كصدقة الفطر فالاولى ان يقال
فى عبيد الخدمة ان كانت الصدقة تجب فوجوبها فيهم ليس لاجل انه مال
بل باعتبار ان المولى يلى عليه ويمونه ولهذا تجب للصغير وكل من يلى عليه ويقوم
هو بمؤنته وليس ذلك بمال ويقال صدقة الفطر ليست بواجبة فى عبيد
الخدمة بل لاجله والعشر فى العشرية وان لم يجب فيها حقيقة فهو واجب

فيها حكما من حيث انه واجب فيما يحصل منها **قوله** اما الوصية فاخت الميراث
لانها خلافة كهي **فان قلت** اذا كانت الوصية خلافة كالميراث ينبغي ان لا تتوقف
بمؤنة على القبول وسيأتيك ان الموصى به لا يملك قبل القبول عند علمائنا
الثلثة **قلت** جوابه ايضا سيأتيك في الوصايا **قوله** لانها سبب الصدقة
فان قلت عبيد الخدمة ايضا سبب صدقة الفطر مع انها لا تدخل اجيب
بانها وان كانت سبب الصدقة لكن باعتبار انه رأس يمونه المولى ويلي عليه
لا باعتبار انها مال والارض العشرية سبب العشر باعتبار انها مال مملوك
فافترقا **قوله** لانه تتمحض مؤنة اي ليس فيه معنى العبادة بوجه والا فالخراج
مؤنة فيه معنى العقوبة **قوله** ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب
فان قلت الداخل تحت الايجاب انما هو فضول المال واذا لم يكن مال اخر
لم يكن هو فاضل ماله لاشتغاله بنفقته ونفقة عياله فكيف يتصور
ان يكون فاضل ماله مع نفقته ونفقة عياله به اجيب بانه ليس المراد
بالفاضل ان لا يحتاج اليه المراد بل المراد به والله اعلم ما يكون مشغولا بحاجته
ومصروفا اليه ومعدا لحاجته وجاز ان يكون له مال محتاج هو اليه ولكن
لا يكون مشغولا بالحاجة ومصروفا اليه كمن ملك مائتي درهم وليس مال
اخر يصرفه الى نفقته فان هذا المال لو لم يصرف الى حاجته وبقي الى ان
مضى الحول يجب فيه الزكوة **قوله** ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان
بطلان الانابة **قلت** هذا اشارة الى ان الخلافة تستدعي انقطاع ولاية
الاصل وانه مشكل لما سيأتيك في الوكالة ان الملك يثبت للموكل اذا
اذا اشترى وكيله لاجله خلافة عن الوكيل كالعبد يتهب ويصطاد مع قيام
ولاية الوكيل فعلم ان الخلافة لا تحتاج الى انقطاع ولاية الاصل ثم لا خفاء
ان الوصي يشبه الوكيل من حيث ان كلا منهما يقوم مقام الشخص باختياره
ويشبه الوارث من حيث ان كلا منهما يقوم مقامه بعد انقطاع الولاية
فشبه الوكيل يقتضي ان لا ينفذ تصرفه قبل العلم وشبه الوارث يقتضي
ان ينفذ فيجب ان لا ينفذ بالشك **قوله** اما الوكالة فانابة وهي تمليك
التصرف من الوكيل فتتوقف على العلم كالهبة وغيرها كذا في الشاهان
وفيه نظر لما عرف ان الوكالة تحتمل التعليق بالشرط حتى لو قال اذا جاء
رأس الشهر فانت وكيلي ببيع هذا العبد يجوز فلو كانت الوكالة تمليك
التصرف لما صح تعليقه اذ التمليكات لا تحتمله وايضا قد صرح في الشاهان
في كتاب الاكراه ان الوكالة من الاسقاطات لان تصرف الوكيل موقوف
حقا للموكل فبالتوكيل سقط ذلك الحق هذا لفظه وقوله هنا وهي تمليك

من الوكيل يشعر بان الوكالة من الاثباتات فلا بد من وجه التوفيق **قوله**
فتتوقف على العلم هذا اذا اثبت الوكالة قصدا اما اذا كانت في ضمن امر
الحاضر بالتصرف بان قال لغيره اشتر عبدي من فلان هل تثبت بدون العلم
فيه روايتان اما العزل القصدي فيتوقف على العلم فاذا كان حكميا كموت
الموكل ونحوه فيثبت بدون العلم **قوله** لقدرة الموكل اي بنفسه او بوكيل
آخر فلا يرد ما اذا لم يكن الموكل قادرا على التصرف بنفسه كالمحرم يوكل غيره
ببيع صيد والمسلم يوكل النصراني بشراء خمر وخنزير **قوله** وفي الاول
وهو الوصاية يفوت بعجز الموصي وقد يشكل بان فوات النظر جاء من قبله
حيث لم يعلمه بالوصاية وبان التدارك ممكن لانه على وصايته لان الوصاية
لا ترتد بالرد بعد موته وما امكن تداركه لا يعد فائتا **قوله** حتى يشهد
عنده شاهدان اي مستوران حتى لو اخبره بالعزل فاسقان لا يثبت العزل
عنده لان خبر الفاسق واجب التوقف كذا في الشاهان وقال بعضهم اذا
كان المخبر بعزل الوكيل وبحجر المأذون فاسقين يثبت العزل والحجر لوجود احد
الشطرين وهو العدد وذلك لان تأثير العدد فوق تأثير العدالة
الا يرى ان القضاء بشهادة الواحد العدل لا ينفذ وبشهادة الفاسق
ينفذ ثم لو وجدت العدالة هنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر فاولى
ان يثبت الحجر بالعدد وان لم يوجد العدالة وكان المصنف مال الى هذا القول
حيث قال في نتيجة تعليل ابي حنيفة رح فيشترط احد شطريها وهو العدد
او العدالة وفي خبر الفاسقين يوجد احد الشطرين وهو العدد لا محالة
والنص اوجب التوقف في خبر الفاسق الواحد والكلام في خبر الفاسقين
فصل **قوله** وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه اي كتاب القاضي
الى القاضي **قلت** ان اراد انه على هذه الرواية لا يقبل كتابه في الحدود
وغيرها فغير مسلم لان قول القاضي هنا انما لا يقبل لاحتمال الغلط وعدم
امكان التدارك فغاية ما يقتضيه ان لا يقبل كتابه فيما لا يمكن التدارك
وهو الحدود والقصاص لا مطلقا وان اراد ان قياس هذه الرواية
يقتضي ان لا يقبل كتابه في الحدود والقصاص خاصة فلا نزاع فيه فلا وجه
لاثباته بقياس هذه الرواية وكون هذا القياس مخالفا لظاهر الرواية
قوله ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فان قلت الدليل
يقتضي الوجوب لا المدعى الجواز والصحة حيث قال وسعه ان يفعل قلنا
لا طاعة في فعله واجبة بطريق الكفاية وما يجب كفاية فهو وان كان
يجب على كل واحد ولكنه يشبه المباح من حيث انه لا يأثم بالخصوص

وجاز ان يراد بقوله وسعك انه لا يحرم عليه **قوله** والجنون منه كان
معهودا اى معلوما عند الناس فكان القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق
باسناده الى حالة منافية للايقاع فان قلت يشكل بمن اعتق جارية
ثم قال لها قطعت يدك وانت امتى وقالت قطعت وانا حرة فالقول لها
وكذلك يضمن ما اخذ منها عند ابى حنيفة رض وابى يوسف مع انه منكر وجوب
الضمان باسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان فلو قلت انه اقر
هناك بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فالقاضى ايضا اقر بالاخذ بسبب الضمان
بعد العزل ثم ادعى ما يبريه قلت ان المولى اقر هناك باخذ مال الغير وادعى
جهة التملك فيه فيصدق فى الاقرار لا فى جهة التملك لنفسه وكذلك
فى دعوى الطلاق والعتاق فكان القول قولهم فى الاضافة الى حالة
معهودة منافية للضمان كذا فى الشرح قلت لا نسلم ان المولى فى مسئلة الجارية
اسند فعله الى الحالة المنافية لوجوب الضمان لانه يضمن يدها لو قطعها
وهى مديونة وكذا يضمن ما اخذ منها من المال وهى مديونة بخلاف حالة الرق
لا ينافى ضمان اليد وضمان المال بخلاف حالة القضاء وحالة الجنون
والصبى فانها منافية لوجوب الضمان ووقوع الطلاق والعتاق فافترقا
واما ما ذكره الشارح من ان المولى هناك اقر باخذ مال الغير وادعى
جهة التملك فيه فيصدق فى الاقرار لا فى جهة التملك فمنقوض بما لو اخذ
المولى غلة الجارية فقال اخذتها وانت امتى وقالت اخذتها وانا حرة فالقول
قول المولى لاسناده الى حالة منافية لوجوب ضمان الغلة اذ المولى لا يضمن
غلتها وان كانت مديونة فلو كانت العلة ما ذكره الشارح لضمن الغلة
ايضا **قوله** لانهما اقرا بسبب الضمان فان قلت قد وجدا لاسناد منهما
الى حالة منافية لوجوب الضمان فيجب ان لا يضمنا كالقاضى قلت حالة
القضاء منافية بضمان القاضى لا محالة دون غيره لانه كم من غاصب يغصب
مال غيره والقاضى فى منصب القضاء وما ادعى من ان القاضى امره بالقطع
غير ثابت لعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضى المعزول فى حقه شهادة فرد
فلا يسمع كذا فى الشرح والله اعلم

كتاب الشهادات

قوله لقوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
والنهى عن الاباء عند الدعاء امر بالحضور عنده لان النهى عن الشئ امر بضده
اذا كان له ضد واحد وخص عن هذين النصين غير مجلس القضاء فصلح خبر
الواحد مخصصا له فى باب الحدود كذا فى الشاهان وفيه نظر لما ذكر الشارح
ان ركن الشهادة هى استعمال لفظ اشهد على وجه الاخبار عند القاضى

كما لو قال اخذت منك الف درهم بحق البين الذى
لى عليك وانكر الآخر كان القول قوله بخلاف
القاضى فانه ما ادعى جهة التملك صح

مع استجماع شرايطه فاذا كان ركن الشهادة هذا لم يكن النصوص الموجبة
لاداء الشهادة متناولا غير مجلس القضاء حيث لا يتحقق معنى الشهادة
فى غير مجلسه ولا تخصيص فيما لا يتناوله العام ثم قد يقال الكتمان انما يحرم
لخوف فوت حق المدعى المحتاج الى احياء حقه وذلك فى حقوق العباد
اما الحدود فحق الله تعالى وهو موصوف بالغنى والكرم وليس فيه خوف
فوت حقه فجاز للشاهد ان يختار جانب الستر فبهذه الدلالة علم ان النصين
لا يتناولان الحدود فلا يلزم العمل بخبر الواحد على معارضة النص وقد
يقال النص لا يتناول الحدود لان الشاهد اذا اختار الستر لم يبق
شاهدا واذا اختار الحسبة يجب اداء الشهادة **قوله** ولانه لو ظهرت
السرقة لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا
يحصل احياء حقه وحق العبد مقدم فى الاحياء وذلك فى الشهادة
بلفظ الاخذ دون السرقة وفيه بحث لان حق المسروق منه عند قيام
المسروق فى الرد وظهور السرقة لا ينافى الرد بل يجامع الرد معها وبعد هلاكه
حقه فى التضمين وظهور السرقة لا ينافيه ايضا لما عرف ان المسروق منه
بعد ظهور السرقة مخير بين ان يختار القطع فيقطع وان يختار التضمين
فلا يقطع فلا يكون الشهادة بالسرقة مبطلة حق العبد فى الضمان انما تصير
مبطلة له اذا لم يكن له اختيار التضمين بعد ظهور السرقة والامر بخلافه
ذكره فى الكافى حيث قال فان كان قبل القطع فان قال المالك انا اضمنه
لم يقطع عندنا وان قال انا اختار القطع يقطع ولا يضمن عندنا وقال
مالك ان كان السارق ذا مال يضمن فى الحال والا لا يضمن ابدا نظرا
للجانبين **قوله** والوصية المراد به الايصاء وهو جعل الغير وصيا فى ماله
وليس المراد به التمليك المضاف الى ما بعد الموت لانه ذكر الوصية من نظاير
ما ليس بمال والشهادة على الوصية بالمعنى الثانى شهادة فى المال **قوله**
لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهى المشاهدة والضبط والاداء
فى لفظ الكتاب نوع اختلال لان بهذه الاشياء لا يثبت اهلية الشهادة
بل بالولاية وهى الحرية والاسلام والبلوغ وهذه الاشياء اسباب التحمل
والاداء عند القاضى الا يرى ان هذه الاشياء حاصلة للعبد والصبى
العاقل والكافر ولا شهادة لهم الا اذا جعلت هذه الاشياء الثلثة تفسيرا
لاسم المبهم فى قوله لوجود ما يبتنى عليه فيجب ان يقول وهو المشاهدة الخ
والنسخة المصححة بتصحيح شيخى كانت وهى والصحيح ما ذكر فى الاسرار حيث قال
ولان الانسان انما يصير شاهدا بكونه وليا والولاية مبنية على الحرية والارث

والنساء في هذا مثل الرجال والقبول يبتنى على العدالة والنساء عدالة
مثل الرجال كذا في الشرح **قلت** ولا يبعد ان يراد بالاهلية في قوله
لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة هي اهلية الاداء دون التحمل ويراد
بقوله وهي المشاهدة على حذف المضاف فلا يكون فيه اخلال لظهور ان
اهلية اداء الشهادة مبنية على قدرة المشاهدة وقدرة الضبط وقدرة
الاداء عند القاضي ثم ما ذكر الشارح من العدد بقوله اللهم اذا جعلت
الخ لا يصلح مقطعا للاخلال المذكور لما ذكرنا ان اهلية الشهادة لا يبتنى
على هذه الاشياء الثلثة المذكورة لوجودها في العبد ولا شهادة له بل
هي مبنية على الولاية ولو سلم فما قال من قوله فيجب ان يقرأ وهو المشاهدة
والنسخة المصححة وهي غير متوجه لما عرف من صحة اعتبار الخبر في امر التذكير
والتانيث وذلك في نظائرهم اكثر من ان يحصى وقال بعض النحاة ان لفظة
الاهلية مقحمة اي لوجود ما يبتنى عليه الشهادة او المراد باهلية الشهادة
صلاحية قبول الشهادة **قوله** كيلا يكثر خروجهن لا ولي ويقال كيلا يلزم
خروج كثير من النساء والا فكثرة الخروج عبارة عن خروجهن مرة بعد
اخرى وبهذا لا يندفع بعدم جواز قبول الاربع منهن لان قبول شهادة اثنين
منهن ايضا يفضي الى ان يخرجن مرة بعد اخرى على حسب وقوع الحوادث
وانما يندفع بذلك خروج الاكثر منهن بل يقتصر على خروج البعض القليل
قوله ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امراة واحدة ٢ وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة
لا في حق الولادة والعيوب فان شهادة رجل واحد يقبل فيهما ايضا
كذا في الشرح **قلت** المراد بقوله يقبل الى قوله شهادة امرأة واحدة هو
بيان ان اشتراط الذكورة والعدد ساقط في هذه الشهادة وليس معناه
انه يقبل في هذه الثلثة شهادة المرأة لا شهادة الرجل وشهادة امرأة
لا شهادة امرأتين فصاعدا كيف وقبول شهادة امرأة واحدة يدل
على قبول شهادة رجل واحد وشهادة امرأتين بالطريق الاولى فلما كان
المراد به ما ذكرنا لم يكن لهذا اللفظ دلالة على عدم جواز شهادة الرجل الواحد
اذ سقوط اشتراط الذكورة لا يدل على عدم جواز اعتباره كما لا يدل سقوط
العدد على عدم جواز اعتباره **قوله** والجمع المحلى باللام يراد به الجنس كما
في خالعني على ما في يدي من الدراهم وقوله لفلان علي من الدراهم وقوله
اوصيت لفلان بالدراهم حيث ينصرف الى ثلثة دراهم في هذه الصور
قيل تمسك بمثل هذه المسائل بعضهم على ان اللام لا يبطل معنى الجمعية في الاثبات

٢ ذكر هنا ثلثة اشياء ثم خص بشهادة امرأة واحدة صح

ولكنا

ولكنا نقول انما يبطل معنى الجمعية اذا كان جمعا مجردا عن الاضافة والاشارة
واما في خالعني على ما في يدي من الدراهم فالجمع غير مجرد عنهما لاختصاصه بما
يحويه يدها وهذا لانه جمع حقيقة فيجب اعتبار معنى الجمعية الا انا ابطل
اعتبار الجمعية لامكان ارادة الجنس حيث كان مجردا عن الاضافة والاشارة
فاذا تقيد بهما لا يبطل معنى الجمعية وقال الامام مولانا حميد الدين رح اذا
دخل اللام على الجمع يراد الواحد مع احتمال الكل الجنس اذا كانت الكل ممكنة
وهنا لا يحتمل ان يكون كل دراهم للعالم في يدها فلما بطل ارادة الجنسية
بهذا الطريق لم ينصرف الى الواحد اما لان ارادة الواحد انما كان في ضمن
معنى الجنسية وقد بطل ذلك فبقيت صيغة الجمع خالية عن حرف الجنس
فينصرف الى الثلثة واما لان كل الجنس لما لم يكن مرادا فامكن الحمل على المعهود
بدلالة قوله على ما في يدي صرف الى المعهود هذا كله مما اشير اليه في الشرح
اشار الى بعضه في الخلع والى بعضه هنا وبهذا يخرج الجواب عن المسائل
التي يتمسك بها الاثبات انه في النفي دون الاثبات ولكن ما ذكر الامام
حميد الدين ينتقض بما اذا اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث
وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعلله المصنف رح بان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر عن كل فريق واحد
والثلثة للثلثة فيبلغ الحساب خمسة هذا لفظه فقد اشار الى ان اللام
الداخل على الجمع يحمل على الجنس وان تعذر صرفه الى الكل بل ذلك عند
تعذر صرفه اليه اولى وما ذكرا اولا من ان اللام انما يبطل معنى الجمعية
اذا كان مجردا عن الاشارة والاضافة فحاصله اشارة من ان اللام
الداخل على الجمع انما يحمل على الجنس المبطل لمعنى الجمعية اذا لم يكن هناك معهود
يشار اليه باللام اما اذا كان فيجب ان يحمل اللام على العهد لانه الاصل في اللام
وفي خالعني على ما في يدي من الدراهم يمكن ان يراد العهد ويشار بالدراهم الى ما
حوته يدها فيكون للعهد دون الجنس الى خالعني على الدراهم التي حوتها يدي حتى
لو كانت في يدها دراهم تعينت هي للبدل واذا لم يكن فيها شيء لزمه ثلثة دراهم
لانها اقل الجمع وبيانه في مسئلة الاقرار والوصية ان في الاقرار
ايضا يضيف الدراهم الى ما في الذمة اذ التقدير لفلان علي الدراهم
التي في ذمتي وفي الوصية الدراهم ايضا مضافة الى ثلث ماله اذ الوصية
انما تصح في ثلث ماله الفارغ عن حاجته الاصلية من التجهيز والتكفين
والدين كانه قال اوصيت لفلان بالدراهم التي هي من ثلث مالي الفارغ

عن حاجتي فكانت الجمع مضافة معنى قوله فكذا سقط اعتبار العدد
يخف النظر قلت هذا انما يتم اذا لم يجز لجماعتهن النظر الى عورتها وليس كذلك
لان الحاجة ماسة الى نظر الجماعة اذ الواحدة اذا تحملت الشهادة لا تتعين
للاداء عند الحاجة اليه لاحتمال انها تموت او تغيب فلا بد من نظر غيرها ايضا
ثم فتم الا يرى ان العدد في شهادتهن احوط وانما تتمكن الجماعة من الاداء
اذا تحملن الشهادة ولا تحمل الا بالنظر فكان نظر الجماعة جائزا بالضرورة
الا ان يقال وقوع النظر الى العورة على حسب الاحتياج اليه في اداء
الشهادة والاحتياج اليه اذا كان العدد شرطا اكثر منه اذا كان
مندوبا فيكثر النظر الى العورة اذا قيل باشتراط العدد ويقل اذا قيل
بكونه مندوبا وما ابيح للضرورة يجب تقليله وبالجملة ان ان ما
في شهادة النساء من قلة النقصان باعتبار قلة الحفظ والضبط
يقتضي ان يشترط العدد فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ايضا واباحة
النظر الى العورة بضرورة الاحتياج الى شهادتهن مع ان الاصل فيه
الحرمة يقتضي ان لا يستحب العدد ايضا فقلنا بالاستحباب وعدم
الوجوب عملا بالدليلين بالقدر الممكن والله اعلم ثم الالام لا يبطل معنى
الجمعية عند محمد رح على رواية الاصل ذكره في النساء في كتاب الوصية
في المسألة المذكورة فلا يتم التمسك بهذا الحديث على تلك الرواية من قبل
محمد رح فيكون متشبثه هو التعليل الثاني اعني قوله ولانه انما سقطت الذكورة
الخ قوله لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وحاصله ان الشهادة
متى تايدت بمؤيد كانت حجة والبكارة في النساء اصل فاذا قلت انها
بكر تايدت شهادتهن بما هو الاصل وان قلت هي ثيب تجردت شهادتهن
عن مؤيد فلا بد من ان يستحلف البايع حتى ينضم نكوله الى شهادتهن
وليت شعري ما وجه اشتراط المؤيد لشهادتهن والنص الموجب لقبول
شهادة النساء من قوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه مطلق عن قيد المؤيد والزيادة على النص بالراي لا يجوز
وان كان من اخبار الاحاد الا ان يقال قد شرط الشارع في شهادة المرأة
فيما يستطيع الرجال النظر اليه انضمام اخرى مثلها وعلله بقوله ان تضل احديهما
فتذكر احديهما الاخرى اشار الى ان في شهادة المرأة نقصانا وهو غلبة
النسيان وقلة الحفظ والضبط وانه لا بد وان ينضم معها ما يجبر به هذا
النقصان وهو شهادة اخرى مثلها معها وهذه القلة توجب اشتراط امرأة اخرى
فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ايضا غير ان الشارع لم يشترط فيه العدد

تقليلا

تقليلا للنظر الى العورة فاشترط مكانها مؤيدا آخر يوجب انجبار ما فيها
من النقصان اذ الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم حتى شرط
ما للثالث العدد ههنا ايضا ونحن اقمنا مقام العدد مؤيدا اخر تقليلا للنظر
والله اعلم قوله لينضم نكوله الى قولهن فان قلت ما معنى انضمام نكوله
الى قولهن وكل واحد منهما يثبت غير ما يثبته الاخر فبقولهن يثبت العيب
في يدي المشتري وبنكوله يثبت في يد البايع فلا يفيد انضمام احدهما
الى الاخر قلت فائدة هذا الانضمام يظهر في حق حكم اخر وهو تمكن المشتري
من الرد لان تمكنه منه لا يكون الا بثبوت العيب في الحال وفي يد البايع
ايضا وذلك لا يثبت الا بانضمام نكوله الى قولهن والمعنى لينضم نكوله الى قولهن
فيثبت له ولاية الرد وفي الحاشية فان قيل ينبغي ان لا يكون انضمام
نكوله شرطا لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو الثيابة في الحال قلنا
هذا الظاهر يعارضه ظاهر آخر وهو ان الاصل في النساء البكارة
فيحتاج الى انضمام نكوله تم لفظها وفيه نظر لان الثيابة في الحال لا تثبت
الا بقولهن فاستحال ان يتاكد قولهن به ولان المفهوم من الحاشية ان
اشتراط النكول انما هو ليتايد قولهن به وهو غير مستقيم لان النكول
يصلح علة لثبوت العيب وما يصلح علة لا يصلح مؤيدا ولان الثابت بقولهن
العيب في يد المشتري وبنكوله في يد البايع بانه لم يكن بها هذا العيب
فلا يصلح النكول مؤيدا له لاختلاف موجبهما قوله والعيب يثبت بقولهن
اي في الحال فيحلف البايع بانه لم يكن بها هذا العيب حين كان في يده
وانما احتيج الى شهادتهن في اثبات العيب بها في الحال في حق التحليف
لما ذكر في باب العيوب بقوله ومن اشترى عبدا فادعى ابا قا لم يحلف
البايع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري لان القول
وان كان قوله لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته
بالحجة كذا في الشرح فان قلت قوله ومعرفته بالحجة يشير الى ان قولهن
انما يثبت حجة في ثبوت العيب في الحال وقد سبق في الشرح في باب ثبوت النسب
من كتاب الطلاق ان شهادة النساء انما تكون حجة اذا تايدت بمؤيد واذا
تجردت شهادتهن من ذلك لم تكن حجة ولا يخفى ان قولهن انها ثيب لم
يتايد بشيء فلا يكون حجة فكيف يثبت معرفة العيب بقولهن بلا مؤيد
اجيب بان شهادتهن لا تكون ملزمة الا اذا تايدت بمؤيد اما ما لا
الزام فيه فيثبت بقولهن بلا تايد كالولادة تثبت بشهادتهن وان لم يكن
هناك فراش قايم او حبل ظاهر او اقرار الزوج بالحبل والنسب لا يثبت

بها الا اذا تأيدت باحد هذه الاشياء الثلثة وفيما نحن فيه لا يثبت
بشهادتهن سوى قيام العيب فى الحال وفى ذلك الالزام على البايع فيثبت
بقولهن بلا مؤيد وانما الالزام باثبات العيب فى يد البايع وهو لا يثبت
بشهادتهن وانما يثبت بنكول البايع **قوله** فلان النصوص نطقت
باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة والامر بلفظ يوجب اقامة
مدلوله ومدلول لفظ الشهادة لا يمكن اقامتها الا بلفظها لما فيها من التوكيد
ما ليس فى غيرها من الالفاظ وما لا يمكن اقامة الواجب الا به يجب كوجوبه
بخلاف الامر بالتكبير فانه وان ورد بلفظ التكبير قال الله تعالى وربك
فكبر ولكن غيره من الالفاظ يدل على ما يدل عليه لفظ التكبير فجاز
اقامته مقامه نعم يشكل بالمفاوضة فانها مامورة بلفظ المفاوضة
قال النبى صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة وقال عليه السلام
اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وقد نص فى البزدوى ان غير لفظ المفاوضة
لا يؤدى معناه مع ان المسئلة منصوصة فى الكتاب ان عقد المفاوضة
كما يصح بلفظ المفاوضة يصح ببيان جميع ما يقتضيه عقد المفاوضة
قوله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فان قيل ابن ذهب قولهم الظاهر
يكفى للدفع لا للاستحقاق قيل الظاهر قد يكفى للاستحقاق اذا لم
ينازعه اخر كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره
اذا لم ينازعه المشترى فى ذلك كذا فى الشرح وفيه بحث سنذكره
فى كتاب القسمة ان شاء الله تعالى **قوله** لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض فان قيل يعارضه حديث آخر وهو قوله عليه السلام
خير القرون قرنى الى قوله ثم يفشو الكذب وهو ينفى العدالة قلت
لما تعارضا حمل قوله المسلمون عدول فى القرن الاول والثانى والثالث
وفيه كذا فى الحاشية ووجه النظر ان اباحنيفة رض تمسك بقوله المسلمون
عدول على جواز الاقتصار بظاهر العدالة فى الازمان كلها فلو كان
هذا الحديث محمولا على القرون الثلثة لم يصح التمسك به على هذا الوجه
والمخلص من المعارضة ان النصين لما تعارضا صرنا الى القياس والقياس
يقتضى اعتبار الظاهر فى الشهادة على ما ذكرنا فى الكتاب او نقول
جاز ان يجعل قوله عليه السلام المسلمون مخصصا لقوله ثم يفشو الكذب
فانه يوجب اعتبار العدالة فى باب الشهادة وقوله عليه السلام يفشو الكذب
ينفيه مطلقا فيخص به او نقول معنى قوله ثم يفشو الكذب هو الفشو بالنسبة
الى القرون الثلثة لا ان العدالة لا تبقى ظاهرة فى غيرها ومعنى قوله عدول

هو بقاء العدالة ظاهرا والعمل بالظاهر واجب لقوله عليه السلام نحن نحكم
بالظاهر والله يتولى السرائر **قوله** لانه اى لمحمد رح ان التزكية فى معنى الشهادة
لان ولاية القضاء يبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيكون فى معنى
علة العلة فلا بد من العدد فان قلت اذا كانت ولاية القضاء مبنية
على التزكية وكانت بمعنى علة العلة وجب ان يضمن المزكون اذا رجعوا
ولا يضمنون عنده على ما يجئ اجيب بان ولاية القضاء مبنية على التزكية
من حيث انه لا يحل القضاء الا بها غير مبنية عليها من حيث ان القضاء
بدون التزكية نافذ وكان فى معنى علة العلة من وجه دون وجه
فيشترط العدد والعدالة احتياطا ولا يضمن المزكون اذا رجعوا
لتعذر ايجاب الضمان بالشك وايضا المتلف هنا مستحق لبقاء القضاء
بشهادة الشهود والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان لا يجب
وذلك ان القضاء بشهادة الفاسق والمستور نافذ فبقى فى حق الحكم
ما بقيت للشهادة بخلاف رجوع الشهود فان الشهادة تبطل فى حقهم
بالرجوع والقضاء مبنى عليها فيبطل ايضا ومتى بطل القضاء ضمنوا حيث
لم يبق الحق مستحقا للمدعى فى حقهم وقد اتلفوه بالشهادة فيضمنون
قوله ليس فى معنى الشهادة الخ يشكل بما سيأتيك من قوله وان رجع
المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابى حنيفة رض لان التزكية اعمال
الشهادة اذ القاضى لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة
هذا لفظه فقد اعتبر ابو حنيفة التزكية فى معنى الشهادة فى حكم الضمان
ولم يعتبره فى معناه فى اشتراط العدد والله اعلم **فصل**
قوله احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اى لا يحتاج الى الاشهاد بل يجوز للشاهد
ان يشهد بدون الاشهاد **قلت** قوله فى بيان القسم الثانى لان الشهادة
غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل يشير الى ان المراد بقوله ما يثبت
حكمه بنفسه انه لا يحتاج فى اثبات حكمه الى شئ هو حق الشخص كالنقل
الى مجلس القضاء ليشترط انابته وتحميله حيث جعل الشهادة غير موجبة
باعتبار احتياجه الى النقل الى مجلس القضاء لا باعتبار احتياجه الى التحميل
كيف واحتياجه الى التحميل بناء على انه غير موجب بنفسه فلو فسر كونه غير موجب
بنفسه باحتياجه الى التحميل لزم الدور فلما كان الشهادة غير موجبة
بنفسها باعتبار احتياجها الى النقل لزم ان يكون نحو البيع والاقرار موجبا
بنفسه باعتبار عدم الاحتياج الى النقل الى مجلس القضاء او غيره لا باعتبار
احتياجه الى التحميل كيف وعدم احتياجه الى التحميل بناء على كونه موجبا بنفسه

فلا يجوز تفسير كونه موجبا بنفسه بعدم احتياجه الى التحميل قوله انه حصل
له العلم وقد يقال حصول العلم لا يكفي بل لا بد من المعاينة حتى لو حصل العلم
بالتواتر لا يسعه ان يشهد قوله وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء
فلا بد من التحميل يعني انه لما احتاج الى النقل والنقل حقه فلا بد من انابته
وقد يقال هذا يقتضي انه لا بد من التحميل وان كانت الشهادة في مجلس القضاء
وقد ذكر الشارح انه لو شهد في مجلس القضاء حل للسامع ان يشهد على الشهادة
من غير تحميل فلعل المسئلة ممنوعة عند المصنف رح واليه اشير في الكافي
حيث قال في تعليل اشتراط الاشهاد لانه تصرف على الاصل من حيث
زوال ولايته بتنفيذ قوله على المشهود عليه وزوال الولاية الثابتة للغير
ضرر عليه فلا بد من الانابة والتحميل هذا كلامه وانه لا يعرف منه ما اذا
كانت الشهادة في مجلس القضاء او في غيره ولو سلم انه لا ضرر فيه فالشهادة
لا تصير حجة بمجرد النقل الى مجلس القضاء بل لا بد في ذلك من اتصال القضاء
فاذا لم يتصل به القضاء بقيت شهادته غير حجة وجعلها حجة حق الشاهد
ولا يثبت هذا الحق لغيره الا بالانابة والتحميل والله اعلم قوله ولا يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب صورته اذا سمع الرجل من الناس
ان فلانا ابن فلان يسعه ان يشهد بذلك وان لم يعاين الولادة على ان
للتوارث والتعامل ولان سبب النسب العلوق وانه لا يمكن الوقوف
على حقيقته لانه امر مبطن لا يعلمه الا الله تعالى وسبب العلوق وهو الوطي
يكون سرا من الناس لا يعلمه الا الواطئان والولادة لا يعرفها غير القابلة
فتعذر الوقوف على حقيقته فلم يكلف الشهود بمعرفة حقيقته واكتفي فيه
بالدليل الظاهر وهو الشهرة قوله وجه الاستحسان ان هذه امور تختص
بمعاينة اسبابها خواص من الناس وتتعلق بها احكام تبقى على انقضاء
القرون الخ بنى المصنف رح جواز اداء الشهادة في هذه الاشياء بالتسامع
على اختصاص معاينة اسبابها بخواص من الناس وصرح في البيع بان
معاينته لا تختص بالخواص بل يسمعه كل واحد وبنى صاحب الذخيرة جواز
اداء الشهادة بالتسامع في النكاح والنسب والموت وولاية القضاء
على تعذر الوقوف عليها وكونها مما يشتهر وقوعا وبقاء اما تعذر الوقوف
في النكاح وولاية القضاء فلان صحتهما يبتنى على الملة وانها لا توقف عليها
الا ظاهرا واما في النسب فلان سببه العلوق منه ولا يعلمه الا الله
وسبب العلوق الوطي ولا يعلمه الا الواطئان والولادة لا يعرفها غير القابلة
واما في الموت فلانك ترى انسانا عليه زي الموتى وهو حي وترى حيا عليه

ذي الحياة

زي الاحياء وهو ميت واما الشهرة فلان النكاح يكون بمحضر من الشهود
ويتخذ لذلك وليمة ثم الناس يرون يدخل هو عليها ويقولون هذه زوجة فلان
والنسب يكون بالولادة وانها تكون بين جماعة من النسوان غالبا ثم يهنئ
بعد ذلك لاجلها ويتخذ لذلك وليمة ثم الناس يقولون هذا ابن فلان
والموت يكون بمحضر من جماعة من الناس ثم هم يجتمعون للصلوة والدفن
والتعزية وتقليد القضاء يكون بمحضر من الناس غالبا ثم يكتب له منشور ويقرأ
على رؤس الخلايق ويجتمع الناس كل يوم يفصل الخصومات بينهم فلما
كانت هذه الاشياء الاربعة مما لا يمكن الوقوف على حقيقتها فاكتفي فيها
بالدليل الظاهر وهو الشهرة وقوعا وبقاء فاقيمت مقام المعاينة
اما الاملاك فلا يجوز الشهادة فيها بالتسامع لانها ان كانت يشتهر بقاء
فلا يشتهر وقوعا في الغالب بخلاف هذه الاشياء فانها تشتهر وقوعا
وبقاء والشهرة اقيمت مقام العيان وجعل صاحب الذخيرة قوله وتتعلق
بها احكام تبقى على انقضاء القرون دليلا حيث قال ولان هذه الاشياء
تبقى بعد انقضاء القرون فلو لم تجز الشهادة بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام
قلت ما ذكر المصنف رح من الفرق بين هذه الاشياء والبيع محل تأمل
اذ البيع قد لا يقف عليه غير المتعاقدين اما النكاح فيشترط فيه الشهود
ويحضره جمع كثير عادة وايضا على قول ابي حنيفة رح لا يجوز الشهادة بالتسامع
في النسب والقضاء والنكاح ما لم يسمع ذلك ممن لا يتصور تواطؤهم على الكذب
ليحصل له العلم بخبرهم فيحل له اداء الشهادة فلو كانت هذه الاشياء يختص بمعاينتها
الخواص كان مرجع الخبر الى الاحاد فلا يقع العلم بالتواتر فلا يفيد اشتراط التواتر
الا ان يقال في اشتراط التواتر فائدة لانه يحصل به علم طمانينة فلما لم يمكن اشتراط
علم اليقين شرطنا علم الطمانينة عملا بالدليل بالقدر الممكن وما ذكر في الذخيرة
منظور فيه للقطع بان الوقوف على النكاح والقضاء متيسر حيث يحضرهما
جماعة من الناس وما قال ان مبناهما على الملة وهي مما لا يوقف عليه
فنقول صحة النكاح والقضاء لا يبتنى على قيام الملة حقيقة بل يكتفى فيهما
بظاهر الاسلام والاسلام في الظاهر مما يوقف عليه ولو سلم فالشهرة لا يصلح
دليلا على كونه قاضيا في الحقيقة وفيما بينه وبين الله وقيام الملة حتى يقام
الشهرة مقام العيان وقد يقال ان الشهادة لا يحل الا بالعلم وهو لا يحصل
الا بالمعاينة او بالتواتر فينبغي ان يحل الشهادة بالتواتر في الامور كلها
غير ان التواتر في الغالب لا يكون في الاملاك واسبابها فقلنا لا يجوز
الشهادة بالتسامع ولو تواتر سبب الملك والملك فمرجعها الى الاحاد

فلا يقبل التواتر علم اليقين اما النكاح والنسب والقضاء فيتواتر وقوعا وبقاء على ما ذكر في الذخيرة فيحل الشهادة فيها بالتسامع وهذا ايضا غير مستقيم للقطع بان القضاء يعاينه خواص من الناس لا يحصل العلم بخبرهم فيكون مرجعه الى الآحاد على ما عرف في البزدوي في اخبار زيادة الست اللعين والاخبار بقتل عيسى عليه السلام فالظاهر هو الاحالة الى تعامل الناس واستحساناتهم فانهم تعاملوا الشهادة في هذه الاشياء بالتسامع والتعامل حجة **قوله** والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم الظاهر ان قوله لان الشهادة مشتقة من المشاهدة دليل تام والمقدمة الثانية منه محذوفة اى مشتقة من المشاهدة وهي منتفية هنا وقوله وذلك بالعلم دليل آخر اى ولان ذلك اى الشهادة انما تكون بالعلم لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد ولم يحصل العلم بالتسامع **قوله** ولم يحصل فان قلت التواتر عند ابي حنيفة رح شرط وبالتواتر يحصل العلم ولا معنى لنفي العلم هنا اجيب بان مرجع التواتر في هذه الاشياء الى الآحاد على ما ذكر المصنف رح ان هذه الاشياء يختص بمعاينتها خواص من الناس او يقال اراد بقوله وذلك بالعلم علم المعاينة اى الشهادة مشتقة من المشاهدة والمشاهدة هي المعاينة وبالاخبار لا يحصل المعاينة فلا يجوز الشهادة به قال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط لاداء الشهادة علم المعاينة لان العلم بالشمس علم معاينة على ان المذكور في الكتاب قول ابي يوسف رح ومحمد رح حيث قال اذا اخبره من يثق به ولا بد من التواتر عند ابي حنيفة رح ولا شك انه لا يحصل العلم اذا اخبره من يثق به **قوله** بالاشتهار وذلك بالتواتر وباخبار من يثق به هذا محمول على قول ابي يوسف ومحمد رح اذ لا بد من التواتر عند ابي حنيفة رض **قوله** ولا كذلك النسب والنكاح فان قيل في النسب ايضا لا يحضر الا القابلة قلنا القابلة تحتاج للاعانة بخلاف الموت وفيه نظر لان القابلة انما تحتاج للاعانة الى النساء دون الرجال فينبغي ان لا يشترط اخبار الرجلين او رجل وامرأتين بل يجب ان يكتفي بشهادة النساء **قوله** لم يقبل شهادته لانه يستدل بالتفسير على انه اعتراه شبهة واما اذا اطلق فيستدل به على تيقنه ونظيره الارسال والاسناد فالمرسل اقوى من المسند اذ الاسناد لا يخلو عن نوع شبهة كانه تحمله ما تحمل عنه بخلاف ما اذا ارسل فانه يدل على قوة علمه به كانه سمعه من فم الرسول عليه السلام **قوله** ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة اى من شهد على موت فلان

واسند

واسند شهادته الى حضور جنازته او دفنه فهو معاينة وذلك ان معاينة حقيقة الموت متعذر لجواز ان يكون سكتة ولا طريق اقوى لحصول العلم بالموت الا ان يرى انهم يصنعون ما يصنع بالموتى فكانت هذه الرؤية كمعاينة الموت فلو فسر للقاضي يقبل **قوله** ينبغي اعتبار التسامع في الولاء وهو قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف رح اولا وقول محمد مضطرب وقد يشكل الفرق على قول ابي حنيفة رح بين الولاء والدخول اما على ما ذكر المصنف رح من وجه الاستحسان فظاهر لان تحقيق الولاء بالعتق والمولى يستبد به وانه عبادة ومبناه على الخفاء فالغالب انه لا يشاهده غير واحد كالدخول فيجب ان يعتبر فيه التسامع كما في الدخول واما على ما ذكر في الذخيرة من ان المعتبر في التسامع هو الاشتهار وقوعا وبقاء فلا يخفى ان الدخول لا يشتهر وقوعا كيف وانه لا يوقف عليه وفي الغالب لا يقف عليه غير واحد فيجب ان لا يحل الشهادة فيها بالتسامع كما لا يحل في الولاء وجوابه ان حقيقة الدخول وان كان يخفى فالخلوة الصحيحة التي جعلت كالدخول في لزوم المهر والعدة وتأكد المسمى يشتهر وقوعا وبقاء اما وقوعا فلان الناس يجتمعون لاجل الوليمة يشاهدونه على ما عليه العادة **قوله** لان اصله هو الذي يشتهر فان قلت لا حاجة الى الاشتهار بل يكتفي باخبار من يثق به على ما مر في الكتاب اجيب بانا قد ذكرنا ان التواتر في الاخبار شرط عند ابي حنيفة رض وانما لا يشترط ذلك عند ابي يوسف ومحمد وشروط الوقف لا يشتهر عادة فلا يحل الشهادة بالتسامع وهذا التعليل من المصنف خرج على مذهب ابي حنيفة رح ثم التعليل بقوله لان اصله هو الذي يشتهر يشير الى ان الموجب لاطلاق الشهادة بالتسامع انما هو الاشتهار ليقوم مقام المعاينة وقد سبقت الاشارة في قوله وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينتها خواص من الناس فلو لم يقبل فيها التسامع ادى الى الحرج الى ان الموجب لذلك عدم الاشتهار واختصاص الخواص بمعاينة اسبابها فمتى كان اصل الوقف مما يشتهر دون شرايطه لزم ان يقبل الشهادة بالتسامع في الشرايط دون الاصل بعكس ما ذكرنا هنا **قوله** وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك بان عاين ملكا محدودا ينسب ذلك الملك الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعاين فلانا بوجهه فلا يعرفه بنسبه فالقياس ان لا يحل له الشهادة لان الجهالة في المشهود به تمنع حل الشهادة فكذا في المشهود له وفي الاستحسان تحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع وكانت هذه شهادة لمعلوم بمعلوم يوضحه ان صاحب الملك ربما يكون امرأة لا تخرج

فلو اعتبرنا تصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك لبطل حقها فسقط اعتبار
التصرف واكتفى فيه بالتسامع فاذا سمع ان هذه الضيعة لفلان ووقع في قلبها
ووقع في قلبه ان الامر كما سمع حل له ان يشهد لها بالملك كذا في الذخيرة
فان قيل يلزم ان يشهد على ملك المالك بالتسامع ولا يجوز قيل انما لا يجوز
اذا كانت الشهادة في حق المال قصدا واما اذا كانت الشهادة بالتسامع
في حق النسب وفي ضمنه ثبوت المال يجوز وهنا كذلك لانه لما سمع
ان هذا الملك لفلان بن فلان يحصل له العلم بنسبا المالك بالتسامع
وثبت ملكه في ضمنه كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا فلما ذكر في الذخيرة
في فصل الشهادة بالمواريث حيث قال واذا شهدوا ان فلانا مات وترك
هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا اخر غيره ولم يدركوا
فلانا الميت لا يقبل شهادتهم لا لخلل في جزا الميراث لانهم جزوه ولا في النسب
والموت من حيث انهم شهدوا بهما بالشهرة والتسامع لان الشهادة بهما
فيهما جايزة لكن الخلل في شهادتهم بالملك للميت بالشهرة والتسامع
فان ما لا يكون مملوكا للميت لا يصير ميراثا لورثته فاذا لم يدركوا الميت
لم يعاينوا سبب الملك منه في الدار ولا كون الدار في يده يتصرف فيها
تصرف الملاك فعلم ان شهادتهما بالملك للميت بحكم الشهرة والتسامع
والشهادة في الاملاك بالشهرة والتسامع لا يجوز هذا لفظه ووجه الاشكال
ظاهر وجوابه ان الشهادة بالتسامع وان جازت فيما يؤدي اشتراط
المعاينة الى الحرج ولكن اذا علم القاضي انهم شهدوا بالتسامع لا يقبل
الا يرى انهم لو فسروا وقالوا انا نشهد بالتسامع لا يقبل واذا علم القاضي
انهم لم يدركوا الميت فقد تيقن ان الشاهد يشهد بالتسامع وعلم القاضي
به ليس باقل من تفسير الشاهد وعدم قبول الشهادة لعلم القاضي بانهم
شهدوا بالتسامع لا يقتضي عدم جواز الشهادة بالتسامع واما ثانيا
فلانه لو وقع الدعوى في عقار لا بد وان يشهد الشهود باليد عن معاينة
صرح بذلك في الذخيرة وما ذكر هنا من ان المالك ربما يكون امرأة الخ
يوجب ان لا يشترط الشهادة في دعوى العقار عن معاينة لانه ربما يكون
المدعى عليه امرأة لا تخرج فلو كلفنا اقامة البينة على اليد عن معاينة لتضرر
به المدعي لانه لا يجد شهودا يشهدون عن معاينة يدها فالاكتفاء بالتسامع
هنا واشتراط المعاينة ثمة مشكل واما ثالثا فلان المقصود بالاثبات
هنا انما هو ملك المال والبينة قايمة عليه لا على النسب اذ الدعوى وقعت
في ملك المال دون النسب **قوله** لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته

مشكل

مشكل لان معرفة نسب الشخص فرع معرفته بوجه لاستحالة تشخصه مجهولا
والمسئلة مفروضة فيما اذا لم يكن المالك معلوما للشاهد بوجه وان المقصود
هنا الشهادة على الملك وقد مر ان الشهادة على الاملاك لا يجوز الا بالمعاينة
ثم هذه المسئلة اعني قوله وكذا اذا عاين الملك دون المالك على ما فسروه
وهو ان تعاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولا يعرفه
بوجهه ولم يعرفه بنسبه حل له ان يشهد لا يمكن توجيهها الا بالتزام ان
معاينة اليد ليس بشرط بل يكفيه التسامع كما نص عليه في الذخيرة ولكنه
يخالف الحصر المذكور في قوله ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا
النسب الخ والله اعلم بما هو الصواب ثم وضع المسئلة في المحدود يشير الى ان
انما سقطت في اليد على المحدود لا في ساير الاملاك وهو اقرب الى الفقه
لان يد المخدرات قلما يعاين في المحدود **باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل**
قوله وصار كالحدود والقصاص وذلك ان الاصل في الشهادة
عند طريان شبهة تخلو عنها جنس الحجة هو الرد يستوي فيه الحدود وغيرها
الا انها تقبل عند مساس الحاجة في غير الحدود دفعا للحرج كما في الشهادة
على الشهادة فان الدعوى فيه تكثر والحاجة ربما تمس الى الشهادة على الشهادة
بخلاف شهادة الاعمى لان العمى نادر وفي ذوي البصر كثرة **قوله** لان
الاهلية بالموت انتهت يعني ان الموت منهي للاهلية والشيء بانتهائه
يتقرر والمتقرر في حكم الباقي فكانت الاهلية باقية حكما ولهذا نوع منافرة
مع ما مر في الفرق بين الوصي والوكيل من قوله ووجه الفرق ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف
الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم
هذا كلامه ووجه المنافرة ظاهر حيث اعتبر اهلية الشهادة قائمة
بعد الموت باعتبار انها تنتهي بالموت والمنتهي كالباقي واعتبر الولاية
منقطعة بعد الموت ثمة ولم يجعلها كالباقي باعتبار انها تنتهي بالموت والمنتهي
في حكم الباقي **قوله** لكونه مانعا اي نفسه وغيره عن القذف وقد يقال
كيف يتصور ان يمنع الرد نفس القاذف عن القذف ثانيا والرد بعد الرد
غير متصور وجوابه انه متصور في حق الكافر اذا ردت شهادته ثم اسلم
وحينئذ يصير بالاسلام مقبول الشهادة فيصير الرد بالقذف في حالة الكفر
مانعا عن قذفه بعد الاسلام **قوله** اذ هو استثناء منقطع اي بكلمة اذ
في النكتة الاولى لان شرط الاستثناء المتصل ان يدخل المستثنى في حكم
الصدر لولا الاستثناء والتايب لا يحتمل ان يكون فاسقا اذ التوبة

يرفع الفسق بالاجماع فلم يوجد شرط المتصل فيجب ان يكون منقطعا فلا وجه
لجعله متصلا قوله بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد
اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق وقد يقال قذف العبد لم ينعقد
موجبا فلم ينقلب موجبا بعد ذلك كالزنا اذا وجد في دار الحرب ثم خرج
الزاني الى دار الاسلام لا يحد لان زناه حين وجد لم ينعقد موجبا للحد
لعجزنا عن اقامته فلم ينقلب موجبا بعد ذلك قوله والايدي متحيزة
التحيز والتحوز بهم آمدن وبرخود پيچيدن والايدي متحيزة اي يد كل واحد
من الزوجين مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الاخر فكانت الزوجية
نظير الاخوة او دونها قوله لان للاجتهاد فيه مساغا فعند الشافعي
هو مباح وقد يقال الستر من السرة الى الركبة ايضا مجتهد فيه فان مالكا
لا يراه واجبا انما الواجب هو ستر السوءتين مع انه لا يقبل شهادة من يدخل
الحمام بلا ميزر قوله لانه تارك للمروءة مروءة الرجل اذا صار ذا مروءة
وبالفارسية مردمي كردن يعني بر موجب عقل رفتن كذا قيل وهذا
لا يتناول التقوى ايضا لانه عمل بموجب العقل فالاولى ان يقال التقوى
ما يذم بتركه شرعا والمروءة ما يذم بتركه عرفا وكل من مرتكب وتارك المروءة
متهم بالكذب لانه قد اتى بجنس المذموم ومن اتى بشيء كان متهما بما
يجانسه والكذب من جنس ترك المروءة في ان كلا منهما مذموم ومن لا يجتنب
عن مذموم كان متهما بمذموم اخر فقد قيل اذا ظفرت من واحد بهنة
فاعلم ان لها اخوات وهنا بحث وذلك ان ارتكاب الصغيرة لا يقدح
في قبول الشهادة فترك المروءة اولى ان لا يقدح فيه والجواب ان القياس
في مرتكب الصغيرة هو رد شهادته غير انا لم نشترط الاجتناب عنها بالكلية
لئلا ينسد باب القبول اذ الانسان قلما يخلو عن الصغيرة بخلاف المروءة
فان الابتلاء بتركها ليس كالابتلاء بارتكاب الصغيرة على ان ترك المروءة
انما يقدح في الشهادة اذا اعتاد ذلك ومن اعتاد الصغيرة يرد شهادته
ايضا انما لا يرد اذا وقعت الصغيرة منه احيانا قوله ولا تقبل شهادة من
يظهر سب السلف اي الصحابة فان من سب واحدا منا لا يجوز شهادته فههنا
اولى قوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم فانه لا يجوز مقصودا حتى لو ادعى
مسلم وكالة من نصراني بكل حق له بالكوفة واحضر غريما مسلما فاقام
عليه شهودا نصرانيا لا تقبل لانها شهادة نصراني قامت على مسلم مقصودا
وان احضر نصرانيا قبلت لكونها حجة على النصراني فاذا قبلت وقضى له
بالوكالة كان ذلك قضاء على جميع الغرماء من المسلمين وغيرهم حتى لو احضر غريما

بعد ذلك وجحد وكالته لم يكلفه القاضي على اقامة البينة عليها لان القاضي
حين قضى بالوكالة على النصراني كان من ضرورته ثبوت الوكالة في جميع من في الكوفة
وقد يثبت الشيء ضرورة ولا يثبت مقصودا كذا في الذخيرة وفيه بحث
لما ذكر في الذخيرة في الفصل الحادي عشر من كتاب الدعوى نصراني مات
عن ابنين ثم اسلم احدهما ثم شهد نصرانيان على الميت بدين فانه استوفى كله
من نصيب الابن النصراني ولا يرجع هو على الاخ المسلم بشيء لان الاستحقاق
ورد عليه بما هو حجة في حقه دون غيره هذا لفظه فلو كانت شهادة الكافر
ملزمة على المسلم ضمنا وضرورة لكان الاستحقاق واردا على الابنين على النصراني
والميت مقصودا وعلى المسلم ضرورة كما يصح الوكالة في الغريم النصراني قوله لانه
لا ولاية له بالاضافة اليه فان قلت يشكل بما اذا ادعى مسلم ان فلانا
النصراني مات واوصى اليه واحضر غريما مسلما واقام شهودا من النصارى
قبلت الشهادة وكذا لو اقام نصراني بينة من النصارى ان فلانا مات وانه
ابنه ووارثه لا يعلمون وارثا غيره واحضر غريما مسلما قبلت الشهادة مع انها
شهادة الكافر على المسلم مقصودا اجيب بان القياس ان لا يقبل الشهادة
الا انهم استحسنوا ان المسلمين لا يحضرون عند موت النصارى والايصاء
يكون عند الموت غالبا فلو لم يقبل شهادتهم على المسلم ادى الى تضييع حقوقهم
المتعلقة بالموت والايصاء وكذا النسب انما يثبت بالفراش والفراش بالنكاح
ونكاح الذمي لا يحضره المسلمون غالبا فلو لم تقبل لضاع حقوقهم المتعلقة
بالنسب الى هذا اشير في الذخيرة قوله فيكفي القاضي مؤنته بهذه الشهادة
مؤنته التعيين في الصراح كفاية كاركذاري كردن يقال كفاه مؤنته قوله
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد المسئلة على وجهين اما ان اقام
البينة ان شهود المدعي فسقة او زناة او اكلوا الربوا وشاربوا الخمر او على اقرار — رهم
المدعي بطل في الدعوى وعلى اقرارهم انهم شهدوا بالزور ففي هذه لا يقبل
الشهادة واما ان اقام بينة على جرح فيه ايجاب حق من حقوق الله تعالى او العباد
نحو ان اقام بينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او انهم شربوا الخمر او انهم سرقوا
مني او انهم شركاء في المشهود او على اقرار المدعي انهم استأجرهم على هذه
الشهادة قبلت شهادتهم وانما لا يقبل الشهادة على الجرح المفرد لوجوه احدها
انها شهادة على رد الشهادة ونفيها والشهادة على النفي باطلة والثاني
ان الشاهد بالشهادة على الجرح المفرد صار فاسقا لانه اظهر الفاحشة
من غير ضرورة وهو حرام بالنص واما قوله عليه السلام اذكروا الفاجر
بما فيه محمول على ما اذا كان ضرره يتعدى الى غيره ولا يمكن دفع الضرر عنه الا بالاعلام

ولا ضرورة هنا لان الخصومة تندفع بان يقول ذلك للمدعي او للقاضي سرا
ولا يظهر ذلك في مجلس الحكم بخلاف ما اذا شهدوا انهم زنوا ووصفوا
او شربوا الخمر او سرقوا مني لان في اظهار الفاحشة ضرورة اقامة الحد
على الشهود بخلاف ما لو شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة لانهم ما اظهروا
الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة من غيرهم والثالث ان القاضي
انما يقبل الشهادة على ما يدخل تحت الزامه والزام الجرح ليس في وسعه
لان الشاهد يدفعه بالتوبة **قوله** لان له الدفع بالتوبة ولا يتحقق
الالزام هذا التعليل لا يطرد فيما اذا شهدوا على اقرار شهود المدعي ان
المدعي مبطل في هذه الدعوى وانهم شهدوا بالزور وكذا قوله ولان
هتك حرمة الستر والستر واجب لا يطرد فيما ذكرنا لانهم ما اظهروا
الفاحشة بل حكوا باظهارها من الشهود الا ان يقال بان اقرار الشخص
بالفاحشة حجة عليه فيكون اثباتا لاقراره عليه اظهارا للفاحشة كانه
قال انهم شهود زور لانهم اقروا بذلك ثم قد يقال ان حد السرقة
يدخل تحت الحكم مع ان له ان يدفعه بدعوى الملك لما سيأتيك انه
لو ادعى السارق ان المسروق ملكه لم يحد ويندفع عنه الحد بمجرد الدعوى
بغير اقامة البينة بل مع العجز عن اقامتها **قوله** لان الاقرار مما يدخل تحت
الحكم ويشكل هذا بما اذا شهدوا على اقرار شهود المدعي انهم شهدوا بالزور
او انهم اجراء في هذه الشهادة لا تقبل مع ان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
الا ان يجاب بان معناه ان اقرار المدعي يدخل تحت الحكم وليس فيه
اظهار فاحشة فيقبل الشهادة عليه بخلاف ما اذا قامت البينة على اقرار
الشهود انهم شهدوا بالزور فان فيه اظهار فاحشة لان اقرارهم لو ثبت
بالبينة ثبت الفاحشة في حقهم لان الفاحشة تثبت باقرارهم لما
لا تثبت باقرار المدعي فافترقا **قوله** والاستيجار وان كان امرا زايدا
فلا خصم في اثباته وقد يشكل بانه لو اقام البينة انهم شركاء في المشهود به
يقبل ولا يخفى ان المدعى عليه ليس بخصم في اثبات الشركة وجوابه ظاهر
لان المدعى عليه وان لم يكن خصما في اثبات الشركة بوجه الاصالة فهو خصم
في اثباته بالنيابة الجبرية من الشركاء حيث لا يمكنه الجرح الا باثبات
الشركة فيجعل خصما عن الغايب كما اذا ادعى عينا في يد اخر بسبب الشراء عن الغايب
على ما عرف بخلاف اقامة البينة على انهم اجراء في هذه الشهادة اذ لا يمكن
فيه ان يجعل المدعى عليه خصما في اثباته نيابة عن الشهود لانهم ليسوا بخصم
في اثبات هذه الاستيجار لبطلانه فلا يكون المدعى عليه خصما في اثباته

بالنيابة عنهم فقوله فلا خصم في اثباته معناه ليس له خصم اصلا لان الاستيجار
باطل بخلاف الشركة فان له خصما وهم الشهود حتى لو ادعوا الشركة يصح
دعواهم اما لو ادعوا الاستيجار على اداء الشهادة لا يصح **قوله** ولهذا
اي لان الشهادة على جرح فيه ايجاب حق من حقوق الشرع او العبد مقبولة
قلنا كذا في الحاشية ولا يترتب على هذا **قوله** او شريك المدعي لانه ليس
بجرح الا ان يفسر الجرح بما يقدح في الشهادة اعم من ان يكون فسقا او
لم يكن ويحتمل ان يجعل قوله ولهذا اشارة الى ان ما يدخل تحت الحكم وليس
فيه اشاعة فاحشة يقبل بينة عليه فيترتب عليه قوله او شريك المدعي
قوله قد يبتلى الابتلاء الازمودن **باب الاختلاف**
قوله الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل قال
في كنز الدقايق الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا لا ادعى دارا
ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لغت وبعكسه لا هذا لفظه **قلت** ذكر
هذه المسئلة بعد القاعدة المذكورة اشارة الى ان الشهادة انما لا تقبل
فيما اذا ادعى الملك بسبب وشهدا بالملك المطلق لمخالفة بين الدعوى
والشهادة وذكر في الكافي ادعى ارثا او شرا فشهدا بملك مطلق لم تقبل
وبعكسه تقبل والاصل ان الشهود اذا شهدوا باكثر من الدعوى صار
المدعي مكذبا لهم فبطلت شهادتهم واذا شهدوا باقل مما ادعى المدعي
تقبل والملك المطلق ازيد من المقيد لانه يثبت من الاصل والملك
بسبب يقتصر على ادنى ما يمكن لان السبب من الحوادث الا يرى ان القضا
بالملك المطلق يوجب استحقاق الزوايد والقضاء بالملك بسبب لا يوجب
استحقاق شيء من الزوايد الا بتاريخ هذا كلامه وفيه اشارة الى ان
البينة انما لا تقبل فيما اذا ادعى الملك بسبب وشهدوا بمطلق الملك
لتكذيبهم المدعي وتفسيقه اياهم لا لاجل المخالفة بين الدعوى والشهادة
لانهم يثبتون المدعي مع الزيادة واثبات الزيادة على المدعى لا يوجب
المخالفة بين الدعوى والشهادة بل يوجب تكذيب الشهود وتفسيقهم
فيكون الرد للتفسيق لا للمخالفة ويوضحه ان الدعوى فيما اذا شهدوا
باكثر مما ادعى يقتصر على قدر الاقل لا ما نفى المدعي الزيادة فليس بداخل
في دعواه حتى يكون شهادة الشهود باثباته مخالفة للدعوى اذ الدعوى
عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه عند المنازعة ونفي الزيادة ليس من الاضافة
في شيء فلا يكون داخلا في الدعوى فلا يكون سبب الزيادة مخالفا للدعوى
المدعي حتى ترد الشهادة للمخالفة بل هو مثبت لما نفاه المدعي عن نفسه

فيكون الرد للتفسيق لا للمخالفة فبناه على المخالفة مما يتأمل فيه **قوله** ويعتبر
اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما
على افادة المعنى بطريق الوضع ويشكل هذا بما ادعى عبدا على ذي اليد انه
ملكه فشهد واحد انه اقر انه ملك المدعي وشهد اخر ان ذا اليد اقر انه اشترى
من المدعي تقبل ويقضى بالعبد للمدعي لاتفاقهما على الاقرار بالملك له
اذ الاقرار بالشرى اقرار بالملك له كذا ذكر في الكافي في متفرقات باب
الاقرار ولا يخفى انه لا اتفاق بين الشاهدين لفظا بالمعنى المذكور
وجوابه ان المقصود من هذه الشهادة هو اقرار ذي اليد بالعبد للمدعي
دون اثبات الشراء وهما متفقان على هذا المقصود فكانهما صرحا
بالشهادة على اقرار ذي اليد ان العبد للمدعي فكانا متفقين في اللفظ
بالمعنى المذكور حكما نعم يشكل بان الاقرار بالملك قصدا والاقرار به
في ضمن الشراء مختلفان حكما الا يرى انه لو اقر بعبد لانسان ثم استحقه
ابوه فمات الاب وورثه المقر يؤمر بالدفع الى المقر له ولو اشتراه فاستحقه
ابوه لا يؤمر بالدفع الى البائع وان صار مقرا بالاقدام على الشراء انه
ملك البائع لان الاقرار لم يوجد صريحا بل في ضمن الشراء فيبطل ببطلان
الشراء فاذا كان الاقرار بالملك صريحا والاقرار به في ضمن الشراء مختلفين
حكما على هذا الوجه وجب ان لا يقبل البينة في المسئلة المذكورة لاختلاف
الشاهدين معنى ثم المراد بالوضع هنا ما يقابل التضمن لا ما يقابل المجاز
يؤيده لفظ الكافي من قوله والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة
المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن فيدخل في الاتفاق لفظا ما اذا
كان لفظ احد الشاهدين دالا على المدعى وضعا ولفظ الاخر دالا
عليه مجازا وما اذا كان كل من اللفظين دالا عليه مجازا لا وضعا **قوله**
وذلك يدل على اختلاف المعنى اي اختلاف اللفظ من غير ترادف يدل
على اختلاف المعنى المطابقي فلا يرد ان اختلاف اللفظ لو كان دالا
على اختلاف المعنى لزم ان يشترط اتفاق اللفظ بين الشهادة والدعوى
ايضا اذ الاتفاق بينهما معنى شرط وذلك لان اختلاف اللفظ انما يدل
على اختلاف المعنى المطابقي لا غير والاتفاق معنى اعم من ان يكون في المعنى
المطابقي او غيره **فان قلت** ما وجه الفرق بين الدعوى والشهادة وبين
الشاهدين من حيث انه يعتبر اتفاق الدعوى والشهادة في المعنى مطلقا
ويعتبر اتفاق الشاهدين في المعنى المطابقي **قلت** الشاهدان اذا اختلفا
لفظا واختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى المطابقي كان على كل واحد

من المعينين شاهد واحد فلا يثبت هو ولا في ضمنه فاما اذا اختلف لفظ
الدعوى والشهادة مع اتفاق الشاهدين في اللفظ يثبت ما ادعاه ضمنا
لثبوت متضمنه لكمال النصاب عليه فيقبل الشهادة **قوله** بل هما جملتان
متباينتان تحصل على كل واحد شاهد واحد فان قيل الالف موجود
في الالفين قلنا نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم
يثبت التضمن كيف يثبت ما في ضمنه كذا في الكافي ويشكل بما اذا برهنت
المرأة على الطلاق والامة على الاعتاق على الوكيل بنقلهما من مكان الى مكان
لا يقبل هذه البينة على اثبات العتق والطلاق وتقبل في قصر يد الوكيل
حتى يحضر الغائب مع ان قصر يده انما يثبت في ضمن ثبوت العتق والطلاق
وهما لا يثبتان ويثبت ما في ضمنهما من قصر يد الوكيل وجوابه انا لا نسلم
ان الطلاق والعتاق لا يثبتان مع ثبوت ما في ضمنهما من قصر يد الوكيل
بنقل المرأة والامة بل يثبتان ايضا لكن لا مطلقا بل في حق قصر يد الوكيل
فحسب **قوله** لان المدعي كذب شاهد القضاء لان شاهد القضاء لم يشهد
بمال واجب فلا يقبل الشهادة **قوله** هذا اكذاب في غير المشهود به الاول
توضيحه ان المدعي كذب احد شاهديه في القضاء وهو في القضاء
مشهود عليه وتكذيب المشهود عليه الشاهد لا يمنع قبول الشهادة والا
ما قبلت شهادة ما لان كل مشهود عليه يكذب شاهده **فان قلت** تكذيب
المشهود عليه انما لا يمنع القبول اذا لم يشهد له والشاهد بالقضاء شاهد
له ايضا فاذا كذبه وفسقه فيما شهد عليه وجب ان لا يقبل شهادته فيما شهد له
اجيب بان التفسيق فيما شهد له انما يثبت مقتضى التكذيب فيما شهد عليه
وقد كذب شرعا في حق التكذيب على ما شهد عليه شرعا فسقط اعتباره
فيما له ايضا فان قلت ذكر في العيون انه اذا شهد على اخر بالف وبانه قضاه
وقال الطالب شهودي صدقة في الشهادة على الالف واوهموا في الشهادة
على القضاء يقبل شهادتهما ولو قال شهادتهما بالف حق وبالقضاء باطل
وزور لا تقبل شهادتهما لانه نسبهما الى الفسق قلت كانه بناء على ما ذكر
الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يقبل الشهادة في الالف ايضا **قوله** ولان التوفيق
ممكن اعتبر هنا امكان التوفيق واعتبر التوفيق بالفعل فيما اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة وسكت المدعي الا عن دعوى الالف فشهادة
الذي شهد بالزيادة باطلة لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو
وفق فقال الاصل حقي كان الفا وخمسمائة لكني استوفيت خمسمائة او ابرأته
عنها ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق فلم يعتبر

امكان التوفيق بل شرط التوفيق بالفعل فى دعوى المال فلان يشترط ذلك
فى دعوى الحد وانه يحتال فى درئه اولى وجوابه ان بعض العلماء اعتبر
التوفيق بالفعل وبعضهم اعتبر امكانه فاعتبر التوفيق بالفعل مرة على قول
البعض واعتبر امكانه اخرى على قول الاخرين ويمكن ان يقال التوفيق فى مسئلة
الشرع بين فيقام ظهوره مقام التوفيق بالفعل فيكتفى بامكان التوفيق
وفى مسئلة اقل المالين واكثرهما التوفيق خفى فيحتاج الى التوفيق ثم ذكر
فى الكافى فان قيل لا اشتغال بالتوفيق بين كلامى الشاهدين احتيالا
لايجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والاصل
فى حجج الشرع قبولها لا ردها فنشتغل بالتوفيق صيانة للحجج عن التعطيل
لا لايجاب الحد ثم اذا دفعنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا
قصدا به هذا كلامه قلت الشهادة انما تصير حجة من حجج الشرع
اذا تم نصابها وهو لا يتم الا بالتوفيق فكان التوفيق احتيالا لجعلها
حجة بعد ان لم يكن الا صيانة ما هو حجة عن التعطيل بعد صيرورتها حجة
وايضا الشهادة انما تصير حجة باتصال القضاء بها كما نص به فى الكتاب
فلا يكون الاحتيال المذكور لصيانة الحجة فالظاهر ان يقال الحد ان
كان لا يصح الاحتيال فى اثباته فالسعى فى ابطال ما يؤدى الى سد بابه
واجب والتوفيق هنا من السعى فيه لان الذوات قلما تخلو عن اختلاف
الالوان فلو لم يوفق ادى الى سد باب حد السرقة فيها وبابه مفتوح
قوله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد يختلف باختلاف الثمن
قيل العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف
يبيع بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة فى الثمن والبيع
بالفين يصير بالف بالحط وان المشترى لو كان جارية واختلفا فى مقدار
الثمن حل للمشترى وطئها ولو كان اختلاف الثمن موجبا لاختلاف العقد
لما حل كما اذا ادعى احدهما البيع والاخر الهبة واما اختلاف الشاهدين
فى مقدار الثمن فلا يمنع قبول الشهادة لاختلاف العقد بل لان المدعى
يكذب باحدهما والجواب ان الوكيل بالبيع انما يبيع بالفين لرضاء الموكل
به دلالة لانه رضى بالاقل فاولى ان يرضى بالاكثر لا باعتبار ان البيعين
واحد واما الحط والزيادة فى البيع فهما لا يغيران للعقد من ثمن الى ثمن
بل يظهر ان الثمن لالتحاقهما باصل العقد فيظهر فى الانتهاء ان العقد
بهذا الثمن فى الابتداء فليس هذا من قبيل اختلاف الثمن فى شئ واما حل
الوطئ للمشترى عند اختلاف المتعاقدين فى الثمن فلان اختلاف السبب

انما يبالى

انما لا يبالى به اذا اختلف حكمهما اما اذا اتحد فلا معتبر به وحكم البيعين
متحد فلا يبالى باختلاف السبب بعد حصول المقصود بخلاف البيع والهبة
فان حكمهما مختلف اذ الملك الثابت بالهبة يحتمل الرجوع ويتوقف على القبض
بخلاف الثابت بالبيع هذا ولكن ذكر فى الذخيرة فى كتاب الولاء انه اذا اقر
الرجل انه مولى امرأة اعتقته وقالت المرأة لم اعتقك ولكن اسلمت على يدى
وواليتنى فهو مولاها لانهما اتفقا على ثبوت الولاء لها الا انهما اختلفا
فى سببه والاختلاف فى سبب ثبوت الحق لا يمنع ثبوت الحق هذا كلامه
فلم يعتبر هنا باختلاف السبب مع اختلاف حكمهما فان حكم ولاء الموالاة
غير حكم ولاء العتاقة وذلك ان مولى العتاقة مقدم على ذوى الارحام
ومولى الموالاة مؤخر عنهم وولاء الموالاة يقبل الفسخ والتحويل ولا يقبل
شيئا منه ولاء العتاقة قوله لان العتق لا يثبت قبل الاداء يعنى ان العقد
انما يسقط اعتباره اذا ثبت حكمه وحكم الكتابة الاصلى هو العتق وانه
لم يثبت بعد فكان العقد مقصودا لاثباته نعم يشكل بان الكتابة
غير لازمة فى حق العبد لتمكنه من دفعها بالتعجيز وما يتمكن المرء من دفعه
لا يدخل تحت القضاء كالفسق مما يمكن دفعه بالتوبة لا يدخل تحته فالكتابة
التى يدعيها المولى على العبد وهو الكتابة بالف وخمسمائة مثلا يتمكن العبد
من دفعه فلا يتحقق الالزام فلا يفيد القضاء قوله وان كان المدعى
هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين اعتبر دعوى المرتهن دعوى الدين دون
العقد مع انه ربما يحتاج الى اثبات الرهن ايضا واعتبر دعوى المولى
الكتابة على العبد دعوى العقد دون الدين مع ان مقصود المولى هو المال
ووجه الفرق والله اعلم ان الدين فى الكتابة تابع للعقد وفى الرهن
متبوع اذ الرهن يبتنى على الدين حقيقة او حكما والتقريب بعد ذلك
ظاهر فليتامل ثم يشكل بما اذا ساوم رجلا بثوب وابى البائع ان ينقصه
من اثنى عشر فقال المشترى عبده حر ان اشتريته باثنى عشر ثم اشتراه
بثلثة عشر يحنث فى يمينه وكان ينبغى ان لا يحنث لان شرط الحنث
الشرى باثنى عشر والشرى بثلثة عشر غيره اذ العقد يختلف باختلاف
الثمن وجوابه ان الحالف وان ذكر الشراء فالمراد عرفا هو التزام
اثنى عشر درهما بهذا الشرى كانه قال ان التزمت اثنى عشر درهما بشراء
هذا الثوب فعبده حر فاذا اشتراه بثلثة عشر فقد التزم بشرائه اثنى عشر
وزيادة والزيادة على شرط الحنث لا يمنع الحنث فان قلت سلمنا
انه اراد التزام اثنى عشر بهذا الشراء الا انه ذكر التزام ذلك بمقابلة

كل الثوب

فلما اشتراه بثلثة عشر فقد التزم بمقابلة اثنى عشر درهما بمقابلة اثنى عشر
جزء من الثوب فلم يوجد الشرط قلنا اجاب عنه فى الذخيرة بالمنع وقال
ان المشترى التزم اثنى عشر بازاء الثوب لانه قابل ثلثة عشر بازاء الثوب
والثوب اسم للكل فيصير كل جزء من ثلثة عشر جزءا مقابلا بجميع الثوب
والدليل عليه ان البائع اذا حط نصف الثمن يبقى الباقى ثمنا للكل ولو كان
كل جزء مقابلا بالبعض بقى النصف خاليا عن الثمن وانه مفسد الا ان
فى الاستحقاق يجعل بعض الثمن بمقابلة المستحق مع ان قضية العقدان يكون
كل جزء بمقابلة الجملة لئلا يلزم المشترى جميع الثمن بازاء بعض الثوب
وهو لم يرض به اما فى غير الاستحقاق فلا ضرورة فيبقى كل جزء بمقابلة
الجميع اذا ثبت هذا يكون الشرى بثلثة عشر التزاما لاثنى عشر بمقابلة
الجميع فيتحقق شرط الحنث ولكن هذا خلاف ما صرح المصنف فى باب
الخلع من قوله اذا قالت طلقنى ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث
الالف لانها لما طلبت الثلث بالالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف
لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على العوض هذا كلامه
وصورة الحط لا يصلح دليلا لما عرف من مذهبنا ان الحط ملحق باصل
العقد ويصير كان العقد وقع بما بقى من الابتداء فلا يخلو شىء من المبيع
عن العوض على تقدير انقسام الثمن وهو ظاهر ثم لا يجاب بان من امتنع
عن التزام الاقل بمقابلة الكل فهو اشد امتناعا عن التزام الاكثر بمقابلته
وكان الزيادة مذكورة فى الكلام دلالة لان الزيادة فى اليمين يحمل للقصد
والعرف لا يجوز الا يرى انه لو اشترى بعد ان قال عبده حر ان اشتريته
باثنى عشر درهما باحد عشر ودينارا ومتاع قيمته درهم او اكثر لا يحنث
فى يمينه مع غرض الحالف عرفا ان لا يلتزم اثنى عشر درهما لا لنفس الشرى
قوله ويستوى دعوى اقل المالين او اكثرهما فى الصحيح فان قيل الدعوى
فى المال ليس كذلك فان من ادعى الفا وشهد احد الشاهدين بالالف
والاخر بالف وخمسمائة لا تقبل بالاتفاق اما اذا ادعى الاكثر والمسئلة
بحالها تقبل وما نحن فيه دعوى المال فكيف يستوى الاقل والاكثر قيل
البينة فى صورة دعوى الاقل انما لا تقبل لتكذيب المدعى شاهد الاكثر
والتكذيب منه انما يثبت بمقتضى دعواه الاقل وفى مسئلتنا دعوى المال
غير ثابت معنى لان المال تابع فى النكاح والمقصود هو الاصل دون التبع
فتمكنت الشبهة فى دعوى الاقل ومن ضرورة تمكنها فيه تمكنها فى التكذيب
لثبوته بمقتضاه والتكذيب لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك وبعبارة اخرى

ان دعوى

ان دعوى الاقل فيما نحن فيه كالمسكوت عنه من حيث انه غير مقصود فلا يثبت
تكذيب الشهود فيقبل البينة ويستوى فيه الاقل والاكثر بخلاف ما اذا
شهد احد الشاهدين بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى الفا لان
المقصود هنالك بالدعوى المال فثبت التكذيب بثبوت مقتضيه وهو
دعوى الاقل فلا يقبل البينة ~~فصل فى الشهادة~~ قوله فلا يكلف البينة
انه مات وتركها ميراثا له وهذا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعند
ابى يوسف رح بسبب انه لا يقول بالجر وعندهما لان المدعى اثبت لمورثه يدا فى المدعا
لان يد المودع والمستعير يد المودع والمعير فكانه برهن انه مات والدار فى يده
ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا قوله واصله انه متى ثبت
ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا
له قلت هذا اذا ثبت ملك المورث باقامة البينة على انه كان ملكه اما
لو ثبت باقامتها على اقرار المدعى عليه انه كان للميت وعلى ان المورث اشتراها
من ذى اليد فانه لا يكلف اقامة البينة على جر الميراث ووجه الفرق انهم
اذا شهدوا بانه كان لابيه فالملك انما يثبت يوم الموت باستصحاب الحال
وهو يصلح للابقاء ما كان لا للاثبات والحاجة الى اثبات ملك الوارث
فلا يثبت بالاستصحاب بخلاف مسئلة الاقرار لان الملك الثابت
للوارث هنالك مضافا الى الاقرار لا الى بقاء ملكه يوم الموت الثابت
بالاستصحاب والاقرار ثابت بالبينة والثابت بها يصلح للاثبات فاما
ملك الوارث فيما اذا شهدا انه كان لابيه فمضافا الى كونه ملكا للاب
يوم الموت لا الى الموت الثابت معاينة وكونه لابيه يوم الموت بالاستصحاب
وانه لا يصلح للاثبات اما اذا شهدوا ان المورث اشتراه من ذى اليد
فانما لا يحتاج فيه الى الجر لانه لما اقام البينة على الاشتراء وكل بايع مقر
بالملك لمشتريه فكانه اقامها على اقرار ذى اليد بالملك لمورثه وفى الشهادة
على الاقرار لا يحتاج الى الجر فكذا هنا كذا فى الذخيرة قوله ومما يقولان
ان ملك الوارث متجدد فى حق العين اى فى احكام يرجع الى العين وانما قيد
به لان ملك الوارث فى حقه هو عين ملك المورث حتى يرد بالعيب على بايع
المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشرى المورث وذلك ان الوارث
خليفة الميت بالولاية التى له عليه فيكون ملكه متجددا فى حق احكام
يرجع الى العين كالاستبراء وحل التناول للغنى ويكون عين ملك المورث
فى حق احكام يرجع الى الوارث كولاية الرد بالعيب وكونه مغرورا بشراء
المورث هذا هو الاصل فى اعتبار ملك الوارث فى بعض الاحكام متجددا

وفي بعضها غير متجدد فان قلت اذا برهن ان هذا العين كان ملكا له يقضى به
وان لم يشهدوا انه له في الحال وكذا اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراه
من فلان الغايب واقام البينة على الشراء لا على ملك البايع وانكره
ذو اليد فشهدوا انه كان ملكا للبايع يقضى للمشترى وان لم ينصوا على انه
كان له يوم البيع لثبوته اقتضاء فيجب ان يكون هنا كذلك قلت مما يقولون
ان كون العين ملكا للميت يوم الموت ثابت باستصحاب الحال دون البينة
والثابت حجة للابقاء لا للاثبات ومالكية الوارث لم تكن ثابتة
وانما تثبت للحال فكان ملكا متجددا من وجه فباحد الاعتبارين ان كان
يجب القضاء بهذه البينة فبالاعتبار الاخر لا يجب فلا يجب بالشك
بخلاف ما اذا شهدوا انها كانت للمدعى وهو حي اذ ليس في القضاء
بتلك البينة اثبات ما لم يكن لان ملك المدعى اذا ثبت في الماضي يبقى
الى وقت اخر والاستصحاب حجة فيه اما هنا فهو لا يصلح لاثبات المالكية
للوارث لانها لم تكن ثابتة بخلاف مسئلة الشرى فان ثبوت الملك
للمشترى مضاف الى الشرى الثابت بالبينة لا الى بقاء ملك البايع
وان كان لا بد منه لاثبات ملك المشترى لان الشرى اخرهما وجودا
وانه موضوع للملك حتى لا يتحقق من غير ايجاب الملك فيكون مضافا الى الشراء
وانه ثابت بالبينة اما هنا ثبوت الملك للوارث غير مضاف الى كون
المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت الثابت معاينة لان الموت
ليس بسبب موضوع للملك بل لابطال الحقوق وبقاء ملك الميت فيما يحتاج
فيه بالاستصحاب وهو لا يصلح للاثبات فان قلت الشفيع اذا برهن
على ملك الدار التي يشفع بها وشهدوا انها كانت ملكا له وجب الشفعة
فلو كان الثبوت لملك الحال في مثل هذه الصورة بالاستصحاب لوجب
ان لا يثبت الشفعة به كما لا تثبت بظاهر اليد اجيب بان حق الشفعة
من ثمرات الملك فمتى ثبت الملك بالدليل يثبت حق الشفعة ايضا مضافا
الى ما بعد البيع لان سبب استحقاق الشفعة هو الاتصال بالملك ولكن
مضافا الى ما بعد البيع ثم الملك يبقى بالاستصحاب فكذا حق الشفعة
والاستصحاب حجة للبقاء ان لم يكن للابتداء فثبوت حق الشفعة فيما اذا
شهدوا انه كان ملكا للشفيع من قبيل البقاء دون الابتداء وفيه نظر لان
حق الشفعة لو ثبت بمجرد الاتصال تصح تسليمه الى المشترى قبل البيع وليس
كذلك فعلم انه ثبت مقتصرا على ما بعد البيع اما بالبيع كما اشير اليه في المبسوط
او السبب هو البيع مع الاتصال كما ذكر في الذخيرة او الاتصال بشرط البيع

فقبله

فقبله ليس بسبب اصلا فيكون حق الشفعة من قبيل الابتداء دون البقاء
ثم الامام فخر الاسلام رح اشار في البزدوي الى ان الملك الثابت للحال
فيما اذا شهدوا انه كان ملكا للمدعى ثابت بدليل يوجب البقاء كثبوت
الطهارة بالوضوء والملك بالشراء لا بالاستصحاب حيث قال واما
الاحتجاج باستصحاب الحال فصحيح عند الشافعي رح وعندنا لا يكون حجة
للايجاب لكنها حجة دافعة واحتج اي الشافعي رح باجماعهم على ان من تيقن
بالوضوء لم يلزمه وضوء اخر وان شك في الحدث ولو ثبت ملك الشفيع
باقرار المشترى انه كان له او انه اشتراه من فلان وفلان كان يملكه
وجب الشفعة وانما يبقى ملكه لعدم ما يزيله ومع ذلك صلح حجة موجبة
وكذلك اذا شهد شهود المدعى على ان هذا الشيء كان ملكا له صار حجة
موجبة ولنا ان الدليل الموجب لحكم لا يوجب بقاءه الى ان قال واما
فصل الطهارة والملك بالشراء وما اشبه ذلك وهي مسئلة الشهادة
فلا يشبه هذا الباب وذلك من جنس ما بقي بدليله لان حكم الشراء
الملك المؤبد الى اخر ما قال فقد الحق مسئلة الشهادة بمسئلة الطهارة
وفيه اشارة الى ان الشهود يثبتون الملك المؤبد كما في الشراء فكان ملك
الميت ثابتا يوم الموت بشهادتهم انه كان ملكا له لا بالاستصحاب فينبغي
ان لا يحتاج الى الجر الا ان يقال ملك الوارث متجدد على ما مر فلا يثبت
الا بالنقل غير ان شهادتهم على ملك المورث وقت الموت في معنى شهادتهم
على الجر في افادة معنى الانتقال الى الوارث وفيما اذا شهدوا انه كان ملكا
له ان كان يثبت الملك وقت الموت بهذه الشهادة لا بالاستصحاب
كما وقعت اليه الاشارة في البزدوي فلا شك ان بقاء الملك بالدليل ليس
كثبوته ابتداء اذ الثبوت لا يحتمل النقض والبقاء يحتمله فكان بقاء الملك
وقت الموت بالدليل ادنى من الشهادة على الجر في افادة معنى الانتقال
الى الوارث فلا ينوب عنه اذ الادنى لا ينوب عن الاعلى كالقبض المضمون
لا ينوب عنه قبض الامانة فلما لم يثبت بقاء الملك لكونه محتملا عن الشهادة
على الجر لا بد من الجر لثبوت ملك الوارث هذا والكلام بعد محل تامل
ونظر قوله ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير قلت
هذا لا يصلح دليلا على تجدد ملك الوارث لما ان المحرم على الغني هو اخذ الصدقة
لا الصدقة بعينها الا يرى ان ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير
اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما واشار
المصنف رح الى وجه المسئلة في اخر كتاب المكاتب بقوله لا خبث في نفس الصدقة

انما الخبث فى فعل الاخذ لكونه اذلالا به والاخذ لم يوجد من الغنى ففى مسئلة الوراثة لو لم ينقل بتجدد الملك لحلت الصدقة للوارث الغنى ايضا لعدم الاخذ منه فهو ليس بادنى حالا من الفقير الاخذ اذا استغنى فلما حل للاخذ عند تغير حاله من الفقر الى الغنى فلان يحل لغير الاخذ اولى وكذا وكذا الوارث الغنى ليس بادنى حالا من مولى المكاتب فان المكاتب اذا عجز قبل الاداء الى المولى وفى يديه من الصدقات حل للمولى الغنى تلك الصدقات عند ابى يوسف رح ايضا مع ان الملك لا يتبدل بالعجز بل يتقرر ملك المولى عنده وعلله فى الكتاب بما ذكرنا انه لا خبث فى نفس الصدقة الى اخره فعلم ان تجدد الملك لا يشترط لحل الصدقة على الغنى عند ابى يوسف رح فلا ينتهض حل الصدقة على الوارث الغنى دليلا على تجدد ملكه ولا يكون ذلك الزاما على ابى يوسف بوجه وفى الحاشية فان قيل الاستدلال غير صحيح لان الفقير لما ملك الصدقة يحل للغنى اكله ولهذا لو اباح للغنى لا يجوز قلنا التصرف للغنى لا يجوز على حكم ملكه وانما يجوز الاكل بالاباحة باعتبار الاباحة لا باعتبار الملك تم لفظها قلت بل التصرف للغنى يجوز على حكم ملكه ايضا اذا لم يوجد الاخذ منه كالفقير اذا استغنى وابن السبيل اذا وصل الى وطنه يطيب لهما ما بقى فى ايديهما من الصدقات وايضا اشار المصنف فى كتاب المكاتب الى انه لو اباح للغنى لا يجوز التناول حيث قال وما اذى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد تملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق وهذا بخلاف ما اذا اباح للغنى والهاشمى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا باع لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب هذا لفظه وبهذا صرح الشارح رح هناك نقلا عن قاضيخان والامام المحبوبى رح حيث الفقير اذا اباح لغنى او هاشمى ما اخذ من مال الزكوة من الطعام انه لا يحل لان الملك لم يتبدل الى هنا كلامه والله اعلم قوله لثبوت الانتقال ضرورة وقد ينافش فى دعوى الضرورة بامكان ان يكون ملكا للمورث وقت الموت ولا ينتقل الى الوارث وذلك بان باع بشرط الخيار له وشرط الخيار للبايع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلما مات بطل الخيار ودخل المبيع فى ملك المشترى نعم لو قال لثبوت الانتقال ظاهرا او غالبا لكان صحيحا فكانه سمى اللازم الغالب ضروريا لانه فى حكم الضرورى فى احكام الشرع قوله والامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان مات المودع من غير بيان الوديعة

وذلك

وذلك لانه لما مات بلا بيان فقد ترك الحفظ والمودع اذا ترك الحفظ كان متعديا والتعدى يوجب الضمان ثم لما صار المودع ضامنا صار المضمون ملكا له فثبت ان الشهادة على اليد عند الموت شهادة بالملك عنده والملك الثابت عنده ينتقل الى الوارث ضرورة فاستغنى عن الجر الى هذا اشار الامام قاضيخان رح وغيره كذا فى الشرح وذكر الشارح فى باب غصب العبد والمدبر من كتاب الجنايات عند قوله ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل فمات فى يده من القطع فعليه قيمته اقطع ما يخالف المذكور هنا حيث قال وذكر الامام قاضيخان هذه المسئلة ثم قال وعلل بعضهم بان الغصب من اسباب الملك فاذا تخلل بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تخلل بينهما برء فصار كانه غصب عبدا اقطع ومات عنده لا من القطع ثم قال الا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضا لان السراية انما ينقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية اما قبله فلا نص عليه فى خر رهن الجامع الى هنا لفظه فعلم ان مجرد صيرورته ضامنا لا يصير المضمون ملكا له ما لم يؤد الضمان بقضاء او رضاء واليه اشار فى الكافى ايضا فى كتاب الصلح حيث قال ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه ما لم يتقرر حقه فى ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقى العبد هالكا على ملكه حتى يكون الكفن عليه فظهر بهذه الروايات ان الشهادة على ثبوت يده عند الموت ليست بشهادة على الملك فينبغى ان يشترط الجر ولا يكتفى بهذه الشهادة نعم بعض المشايخ قالوا بان المغصوب يملكه الغاصب ملكا غير متقرر واما التقرر فعند الضمان فامكن ان يحمل ما ذكرهنا من ان المودع يصير ملكا للوديعة بالتجهيل على قول هؤلاء الا انهم ذكروا المسئلة من غير خلاف فلا بد من علة جامعة ثم هنا بحث وذلك ان الامانة انما تصير مضمونة بالتجهيل اذا حصلت فى يده بايداع اما اذا حصلت من غير ايداع احد كما لو هبت الريح بثوب انسان فالقته فى داره غيره فانه لا يضمن لو مات مجهلا صرح به فى الذخيرة وذلك ان التجهيل انما صار سببا للضمان لانه ترك الحفظ الواجب عليه كما لو دل انسانا على الوديعة ليسرقه فسرق ولا حفظ يجب على من دفع المال فى يده من غير ايداع حتى انه لو دل انسانا عليه فسرقه لا يضمن فكذا لا يضمن بالتجهيل واذا كان كذلك فالشهادة على انها كانت فى يد فلان مات وهى فى يديه يجب ان لا يغنى عن جر الملك لان اليد ربما كانت يد امانة لا تصير مضمونة عليه

بالتجهيل فلا يكون في معنى الشهادة على الملك وقت الموت كما ذكر في الكتاب
من ان الايدي تنقلب عند الموت الى يد ملك بواسطة الضمان وذكر
في الذخيرة من ان الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك لان اليد
المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لان الظاهر من حال من حضره ان
يستوي اسبابه وبين ما كان عنده من الودايع والغصوب فاذا لم يبين
فالظاهر ان ما في يده ملكه وروى الحسن بن زياد انه لا تقبل هذه
الشهادة لانهم شهدوا بيد عرف القاضي زوالها هذا لفظه قلت
الظاهر لا يكفي للاستحقاق والحاجة هنا الى استحقاق الوارث قوله
وجه الظاهر وهو قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي الفصل الثاني عشر
من كتاب دعوى الذخيرة في المنتقا قال هشام سألت محمدا عن نهر لاهل
القرى لا يحصون حبسه من هو على اعلى النهر عن الاسفلين وقالوا هو
لنا وفي ايدينا وقال الذي في اسفل النهر هو لنا كله قال اذا كان النهر
يجري الى الاسفلين يوم يختصمون ترك على حاله وان كان منقطعا
يومئذ لكن علم انه كان يجري الى الاسفلين فيما مضى وان اهل الاعلى
حبسوا عنهم او اقام اهل الاسفل بينة ان النهر كان يجري اليهم وان
اهل الاعلى حبسوا عنهم امر اهل الاعلى بازالة الحبس عنهم وهذه المسئلة
دليل على ان الشهادة على يد منقضية صحيحة عند محمد رحمه الله هذا كلامه
الا ان يقال هذه شهادة على حق الشرب وانه في حكم الملك قوله
ان الشهادة قامت بمجهول ذكر في الذخيرة ان يد المدعى عليه ثابتة
بيقين ولم يثبت ببينة المدعي ما يوجب نقضها وهو الاخذ منه لا بنص
الشهادة ولا بمقتضاها حيث لم يثبت كونها في يده امس مثلا بهذه
الشهادة لان المشهود به لا يثبت الا بالقضاء ولا يمكنه القضاء لان كونه
في يده محتمل يحتمل ان يكون بحق وان يكون بغير حق وعلى الاول لا يجوز القضاء
وعلى الثاني لا يجوز فلا يجوز بالشك ولان قبول الشهادة على امر في الماضي
باعتبار ما عرف ثبوته في الحال والحكم ببقائه باعتبار استصحاب الحال
وذلك فيما لا يتيقن بزواله وقد تيقن القاضي بزوال اليد فلا يقضي به
فلا يثبت الاخذ لعدم ثبوت اليد قوله وهي متنوعة الى ملك وامانة
يشكل بما اذا تنازع رجلان في دار كل يدعي انها له وفي يديه واقاما البينة
انها كانت في يديهما انه يقضي باليد لهما مع الجهالة التي ذكرت فالاولى
في التعليل هو ما ذكرنا من الذخيرة ان قبول الشهادة باعتبار ما عرف
ثبوته في الحال وذلك فيما لا يتيقن بزواله كما في مسئلة التنازع وقد تيقن

بزوال اليد هنا فلا يقضي به وغاية ما يتكلف هنا ان يقال ان اليد
من حيث التنوع مجهولة ومن حيث ان الاصل هو يد الملك معلومة فمتى
احتيج الى اعادة اليد الزايلة بيقين ونقض الثابتة بيقين لا يقضي به ومتى
لم يتيقن بزوالها كما في مسئلة التنازع يقضي به عملا بالاعتبارين

باب الشهادة على الشهادة

قوله وهذا استحسان
والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزمت شاهد الاصل
وليس بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها
والنيابة لا تجري في العبادة البدنية كذا في الشرح وفيه نظر لما صرح
به الشارح بعد هذا ان بدلية شهادة الفروع بحسب المشهود به لا بحسب
شهادة الاصول حتى يجوز الجمع بين شاهد الاصل وشاهد الفرع
فلو كانت البدلية في اصل الحجة لما ظهرت مع الاصل فلا يكون هذا
من باب النيابة في العبادة توضيحه ان النيابة انما تلزم لو كان
شاهد الفرع نايبا عن شاهد الاصل بمعنى ان ينوب شهادة الفرع
عن شهادة الاصل كما ينوب المسح عن الغسل وليس كذلك اذ الفرع
يشهد على الحق المدعى فكيف ينوب الشهادة على الشهادة عن الشهادة
على الحق لان كل واحد منهما يثبت حكما غير ما يثبته الاخر ومن شرط
النيابة ان يكون النايب مثبتا لعين ما يثبته الاصل بل شاهد الفرع
كالنايب عن الاصل بمعنى انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل
فعلم ان الشهادة على الشهادة ليست من باب النيابة التي لا تجري
في العبادات في شيء اللهم الا ان يقال بان النيابة ان لم تكن
هنا حقيقة فلا اقل من الشبهة وهي ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه
والعبادات مما يحتاط فيها فيحترز فيها عن شبهة النيابة كما يحترز
عن حقيقتها والاولى في وجه القياس هو ان الاخبار اذا تداولته
الالسنة تتمكن فيها زيادة ونقصان قوله من حيث البدلية اي شبهة
البدلية من حيث انه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل ومن حيث
البدلية بحسب المشهود به لا بحسب شهادة الاصول فلا يرد ما قيل
ان القاضي يقضي بشهادة شاهد اصل وبشهادة شاهدين على شاهد
اخر ولا يجوز تكميل الاصل بالبدل ويجوز القضاء بذلك مع القدرة
على شهادة الاصول قوله وهذا اي اشتراط التحميل ظاهر عند محمد رحمه الله
لان القضاء عنده بشهادة الفروع من وجه والاصول من وجه ولا معنى
لاضافة القضاء الى شهادة الاصول ولو من وجه الا بعد ان يوجد

التحميل منهم والا لم يكن لهم صنع في هذا القضاء فلم يكن لاضافته اليهم وجه
قوله فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وقد يقال ذكر في اخر الهداية
ان في القصاص معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهات
كساير المعاوضات التي هي حق العبد واما الحدود الخالصة لله تعالى
شرعت زواجر ليست فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة
الا يرى لو شهدوا بالوطئ الحرام او اقر بالوطئ الحرام لا يجب الحد ولو
شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد
التعمد اي التصريح بالعمد وجوابه ان القصاص يتضمن حق العبد وحق الشرع
فحق العبد يقتضي ان يثبت مع الشبهة سواء كانت الشبهة بالنظر الى نفس
الحجة كشهادة النساء والشهادة على الشهادة او بالنظر الى البيان كالشهادة
بمطلق القتل فان فيه شبهة باعتبار ترك الاستقصاء في البيان وحق
الشرع يقتضي ان لا يثبت مع الشبهة اصلا فقلنا انه لا يثبت بشبهة
ثابتة بالنظر الى نفس الحجة اعتبارا لحق الشرع ويثبت بشبهة ثابتة
بالنظر الى البيان رعاية لحق العبد ولم يعكس لانه لو اعتبر الشبهة الثابتة
في البيان مع خلو الحجة عنها لكان ذلك احتيالا في درء القصاص فلم
يكن بد من اعتبار الشبهة الكائنة في نفس الحجة لان ما يحتال في درئه
مع ثبوته بالنظر الى نفس الحجة فهو اولى بان لا يثبت ابتداء بشبهة في الحجة
قوله لان الفرع كالنايب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل وقد يقال
ربما ينوب عن غيره عند مساس الحاجة اليه بلا انابة منه بل بانابة الشرع
لاحياء الحق كالحاضر ينوب عن الغايب فيما اذا كان ما يدعيه على الغايب
سببا لما يدعيه على الحاضر بانابة الشرع احياء لحق المدعي والحاجة ماسة
الى الانابة هنا احترازا عن اتواء الحقوق كما مر فيجب ان يجعل نايبا عنه
بلا انابته وايضا قد ذكر الشارح انه لو سمع شاهدا يشهد في مجلس
القضاء جاز له ان يشهد على شهادته وان لم يستشهد عليه فلو كان وجوب
الاشهاد بناء على انه نايب لوجب مطلقا قوله وان لم يقل اشهدني
على نفسه يعني ان ما ذكر من قوله واشهدني على نفسه وقع اتفاقا وانه ليس بشرط
قوله الا ان يموت شهود الاصل الخ قلت وجعل الوالي الاصول ملحق
بالمرض فلا يشكل الحصر قوله وعن ابي يوسف رح الخ وكثير من المشايخ
اخذوا بهذه الرواية وروي عن محمد رح انه يجوز كيفما كان حتى اذا كان
الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى منه تقبل قوله جاز
لانهم من اهل التزكية وعن ابي يوسف ومحمد رح لا يجوز لان الفرع نايب

عن الاصل فتعديل الاصل كتعديل الاصل نفسه قوله ولا بد ان يشهد كما
يشهد عند القاضي ظاهره يشعر بان الاشارة الى المدعي والمدعى عليه
وقت الشهادة عند الفرع شرط وليس كذلك لما سياتيك في مسئلة واذا
شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم
وقالا اخبرانا انهما يعرفانها الخ قوله ونظيرها اذا تحملوا الشهادة ببيع
محدوده بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من اخر ان يشهدان على ان
المحدود بها في يد المدعى عليه صورة المسئلة اذا ادعى الشفيع على المشتري
ان فلانا باع منك محدودة حدودها كذا وهي في يدك وانا شفيعها
فشهد الشهود ان فلانا باع من المشتري ضيعة حدودها كذا وانكر
المشتري كونها في يده وذكر في الحاشية عند قوله وشهدوا على المشتري
اي بوجوب الثمن على المشتري وذلك انما يستقيم ان لو كان المدعي
في صورة المسئلة هو البايع وهو باطل لان دعوى الثمن لا يفتقر الى اقامة
البينة على ان المبيع في يده لانه لا يحتاج الى كونه في يد المشتري فضلا
عن اقامة البينة على ذلك الى هذا اشار الشارح حيث قال ثم فائدة
كون المحدود في يد المشتري حالة الدعوى يظهر اذا ادعى الشفيع ان فلانا
باع والمحدود في يدي المشتري اما لو كان المدعي هو البايع فلا حاجة
الى كون المبيع في يدي المشتري لان للبايع ولاية مطالبة الثمن من المشتري
سواء كان المبيع في يدي البايع او في يدي المشتري هذا لفظه قوله
قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره ذكر في الكافي
ان شاهد الزور يعزر اجماعا لانه ارتكب كبيرة ليس فيها حد مقدر
فيعزر زجرا الا انهم اختلفوا في كيفيته فقال ابو حنيفة تعزيره تشهيره
فقط وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي هذا كلامه فعلى هذا كان
ينبغي ان يقال شاهد الزور اشهره ولا اضربه ولا احبسه اذ لا مقابلة
بين التشهير والتعزير انما المقابلة بينه وبين الضرب والحبس لان التشهير
لما كان اخف انواع التعزير تساهل فيه ولم يجعله تعزيرا بمقابلة
اغلظ انواعه واراد بالتعزير تعزيرا غليظا صرفا للفظ المطلق الى الكامل
من انواعه ثم المسئلة على ثلثة اوجه ان رجع على سبيل التوبة والندامة
لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب
من غير خلاف وان كان لا يعلم فعلى الخلاف كذا ذكر في بعض الحواشي
وفيه بحث لما سياتيك عن قريب ان الرجوع يختص بمجلس القضاء لان
الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان

هذا لفظه وانه يشير الى ان الرجوع لا ينفك عن التوبة فلو كان معنى التوبة ما نفا حجئ للتعزير اجماعا لم يعزر فى شئ من الصور بالاجماع وايضا من ارتكب ذنبا واستحق به تعزيرا فتاب عن ذلك الذنب لا يسقط عنه التعزير والا لانسد باب التعزير لان المرء لا يعجز عن قوله تبت

وهذا دليل على ان التعزير لا يسقط بالتوبة هذا لفظه وايضا ان ابا يوسف ومحمدا رحمهما الله احتجا بفعل عمر رضى الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه فلو لم يكن مطلق الرجوع عن الشهادة موجبا للتعزير والضرب عندهما لم يصح احتجاجهما بفعله لان الفعل لا يقبل العموم فجاز ان يكون ضربه فيما اذا رجع مصرا غير نادم فلم يتم الاحتجاج به على وجوب الضرب فى المتنازع فيه وهو ما اذا رجع ولم يعلم حاله انه رجع مصرا او نادما قوله ولهما ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وقد كان شريح قاضيا ومن الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ومثل هذا التشهير لا يخفى عليهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليدا بشريح لانه لا يرى تقليد التابعى كذا فى الكافى قلت بل التابعى يقلد عندنا اذا زاحم الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين وشريحا كان يزاحمهم فى الفتوى كما عرف فى اصول الفقه قوله بدلالة التبليغ الى الاربعين قلت تبليغه الى الاربعين لا يدل على انه كان سياسة لا تعزيرا لجواز ان يكون المعتبر فى عدم جواز تبليغ التعزير عند عمر رضى الله عنه ادنى الحد فى الاحرار وهو ثمانون سوطا كما هو مذهب ابى يوسف رحمه الله فانه قال يبلغ التعزير تسعة وسبعين سوطا فى رواية وخمسة وسبعين سوطا فى اخرى نعم لو كان التبليغ الى الاربعين ممتنعا بالاجماع لكان التبليغ اليه دليلا على السياسة ولكنه مختلف فيه فجاز ان يكون التبليغ اليه جايزا عند عمر رضى الله عنه فى التعزير فلا يصلح دليلا عليه الا اذا ثبت ان مذهب عمر رضى الله عنه عدم جواز تبليغ التعزير الى الاربعين كما هو مذهب ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله وفائدته اى فائدة ايراد رواية الجامع ان شاهد الزور فى حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك هذا الحصر بالنسبة الى البينة يعنى لا يثبت كذبهم بها بدليل قوله فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة والا فقد يثبت ذلك بطريق اخر وهو ان يشهد بقتل رجل فجئ المشهود عليه بقتله حيا ولم يدع هو سهوا او غلطا والله اعلم باب الرجوع عن الشهادة

قوله

قوله لم يفسخ الحكم وان كان حاله عند الرجوع افضل منه عند الشهادة وكان ابو حنيفة يقول اولا ان كان حاله افضل عند الرجوع ينقض الحكم ويرد المال الى المشهود عليه والا لا ثم رجع قوله ولانه فى الدلالة على الصدق مثل الاول هذا انما يتاتى اذا كان حاله عند الرجوع مثله عند الشهادة او دونه اما اذا كان افضل فالمماثلة ممنوعة فالاظهر هنا ان يقال ان الرجوع اقرار على نفسه بانه استهلك على المشهود عليه ماله بغير حق وصار مستوجبا للتعزير والضمان وعلى غيره حيث يقر ان القاضى قضى بغير حق وان المشهود له اخذ ماله بغير حق والاقرار على نفسه صحيح وان كان المقر فاسقا وعلى غيره لا يصح وان كان عدلا فصار فى حق القاضى رجوعه وعدم رجوعه بمنزلة قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ الشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من مجلس القضاء فان قيل الرجوع اقرار بضمان المال على نفسه بالاتلاف والاقرار به لا يختص بمجلس القاضى قلنا ما كان شرطا فى الابتداء يكون شرطا فى البقاء كالمبيع وجوده شرط لصحة البيع وبقاؤه شرط لصحة الفسخ وكذا مجلس القضاء شرط لصحة الشهادة فيكون شرطا لفسخها كذا فى الشرح والاظهر ان يقال سلمنا ان الرجوع من حيث انه اقرار بضمان المال غير مختص بمجلس القضاء ولكن الاقرار بسبب الضمان لا يفيد بدون فسخ الشهادة اذ الاستحقاق بالحجة يبقى ببقاء الشهادة فالمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فلذلك لا يضمنون ما لم يرجعوا بمجلس القضاء اذ لا يتصور الفسخ الا فيه ثم قولنا ما كان شرطا فى الابتداء يكون شرطا فى البقاء بعمومه يناقض قولهم البقاء اسهل من الابتداء حتى يشترط للابتداء ما لا يشترط للبقاء كالشهود فى باب النكاح فكانه اراد شرطا يرجع الى المحلية وما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح ومجلس القاضى للشهادة كوجود المبيع للبيع والحل للنكاح فيستوى فيه الابتداء والبقاء وتحقيق ذلك ان الشهادة حجة ضرورية يصار اليه لضرورة فصل الخصومة ولا فصل الا فى مجلس القضاء فلا يعتبر الشهادة موجودا الا فى مجلسه ومتى لم يكن لها وجود الا فى مجلس القضاء لا يتصور فسخه الا فيه ضرورة ان الفسخ يستدعى سبق الوجود ولا وجود للشهادة الا فيه ومتى لم ينفسخ الشهادة بالرجوع فى غير مجلس القضاء لم يوجد ما يقر على نفسه من الاتلاف بالرجوع فى غيره ضرورة بقاء الحق ببقاء الحجة فما ذكره الشارح لا يقلع الاشكال الا برده الى ما ذكرنا قوله وضمنه المال اشارة الى ان البينة

انما يسمع اذا ادعى الرجوع عند قاض وحكم عليه بالرجوع ايضا وهكذا ذكر
شيخ الاسلام لان الرجوع فسخ للشهادة والشهادة لا توجب الحكم قبل
اتصال القضاء به فكذا فسخها فاذا ادعى الرجوع عند القاضي ولم يدع حكمه
بالرجوع فقد ادعى رجوعا غير موجب للضمان فلا يسمع البينة عليه كما لو
ادعى الرجوع عند غير القاضي وذكر في بعض المواضع انه يسمع البينة اذا
ادعى الرجوع عند القاضي وان لم يدع حكمه وهو تحقيق الاختلاف
في اشتراط القضاء لصحة الرجوع **قوله** وانما يضمنان اذا قبض المال
دينا كان او عينا هذا ذكر الشيخ الامام السرخسي رح في شرحه وذكر
شيخ الاسلام في شرحه انه ان كان عينا فله ان يضمن الشاهد قبض
المشهود له العين او لم يقبض وان كان دينا فليس له ان يضمنه قبل ان يستوفيه
المشهود له ذلك منه لان ضمان الاتلاف مقيد بالمثل ومتى كان عينا
فالشهود ازالوه عن ملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازال العين عن ملكهما
باخذ الضمان منهما لا ينتفي المماثلة اما اذا كان دينا فهم ما ازالوا عينا عن ملكه
بل اوجبوا دينا بغير حق فلو استوفينا الضمان من الشهود قبل ان يستوفي
المشهود له ذلك ينتفي المماثلة لان المستوفى يكون عينا وهو خير من الدين
قوله لان الاتلاف به يتحقق اي الاتلاف يدا ورقبة وهو ما فوت
العين انما يتحقق بالقبض وقبله ان كان يتحقق الاتلاف من حيث ازالة
ملكه عن الرقبة فلا يتحقق من حيث تفويت اليد فلو اخذنا الضمان قبل
قبل القبض لفات العين عن الشاهد يدا ورقبة وهو ما فوتا العين
من يد المشهود عليه بشهادته بعد فلا يبقى المماثلة وهي مشروطة في ضمان
العدوان نعم يشكل بما اذا غصب المدبر وابق من عنده فانه يؤخذ
منه الضمان وفيه تفويت العين عن ملكه يدا ورقبة وهو ما فوت من المالك
الا اليد اذ المدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فكما يوخذ الضمان
بتفويت اليد دون الملك فليوخذ بتفويت الملك دون اليد الا ان يقال
اليد مقصود دون الملك فاقيم تفويت اليد مقام تفويت الكل والملك
نفسه ليس بمقصود فلا يكون تفويته كتفويت الكل وما ذكر في الكافي
من ان في الاعيان ان كان يثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي
عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يمكن ان يضمن
الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال عن يده ففيه بحث لما عرفت ان تكذيب
القاضي المقضي عليه بالقضاء يبطل زعمه ويلحقه بالعدم حتى يرجع على بايعه
بالثمن وان كان المبيع في ملكه بزعم المقضي عليه وله ان يرد بالعيب

بعدما رد عليه بالقضاء **قوله** والمتلف متى استحق سقط الضمان كمن غصب
مالا واتلفه ثم استحق المتلف بالبينة سقط الضمان كذا في الشاهان
وفي بعض الحواشي كمن غصب مال انسان فاتلفه ثم استحق رجل ذلك المال
بالبينة فلا ضمان على المتلف اذ لم يضمنه المستحق شيئا وهكذا في الكافي
وفيه بحث لما ذكر في الذخيرة ان القضاء بالملك المطلق على ذي اليد يقتصر
عليه ولا يتعدى الى غيره ثم قال واذا استحق المغصوب رجل من يد الغاصب
وقضى بالمغصوب للمستحق فهذا القضاء لا يظهر في حق المغصوب منه
حتى لو ادعى المغصوب منه على الغاصب واقام البينة يسمع بينته هذا لفظه
واذا لم يظهر القضاء بالاستحقاق في حق المغصوب منه وجب ان لا يسقط
ما وجب له على الغاصب من الضمان فالاظهر ان يقال المراد بقوله المتلف
متى استحق سقط الضمان ان المتلف متى استحق على من له الضمان سقط
الضمان وصورته انه اذا اتلف انسان مالا وجد في يد غيره فقضى القاضي
بوجوب الضمان عليه ثم ظهر للمتلف انه كان ماله واثبت ذلك بالبينة
فانه يسقط الضمان عنه فالاستحقاق الطاري لما كان رافعا فاولى
ان يكون الثابت مانعا نعم ذكر في الكافي في باب الحوالة عبد مات
في يد رجل واقر انه غصب من زيد فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل
ان العبد له فقيمته لمن برهن ولا شيء لزيد على المقر لان ما اقر له صار
مستحقا بالبينة فان وهب المبرهن تلك القيمة في صحته للمقر او مات
فورثها المقر او ورث مثلها او اوصى له بمثلها ردها على زيد لانه زعم
ان ما اخذه المبرهن حق المقر له وانه اخذه بغير حق فصار دينا وما وصل
على المقر وصل بالارث او الوصية والدين مقدم على الارث والوصية هذا
كلامه وهو يوافق ما ذكر في الشاهان وبعض الحواشي وانه ايضا يشكل بما
ذكرنا من الذخيرة ثم ههنا بحث وذلك انهما اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول
يضمنان نصف المهر باعتبار انهما اكداه بعدما كان على شرف السقوط بتمكين
ابن الزوج او بالارتداد فقد وجب الضمان عليهما مع انه لولا شهادتهما بالطلاق
لكان مستحقا على الزوج بالنكاح والاتلاف بالايجاب يمنع الضمان اذا كان
المتلف مستحقا عليه بسبب اخر فالاتلاف بالتاكيد اولى وما ذكروا
من الاستحقاق بالعقد كان على شرف السقوط قلنا السقوط وان كان
متوهما فالبقاء هو الظاهر وانه يكفي لدفع الاستحقاق فللشهود ان يتمسكوا
بهذا الظاهر لدفع الاستحقاق عن انفسهم وليس للزوج ان يتمسك بتوهم
السقوط على ثبوت الاستحقاق اذ الظاهر لا يكفي للاستحقاق فالموهوم اولى

والعجب انهم لم يعتبروا بقاء الاستحقاق على الزوج بحكم العقد ظاهرا في دفع
الضمان عن الشهود واعتبروا توهم السقوط الغير الناشي عن الدليل في ايجاب
الضمان عليهم مع ان الظاهر يكفي للدفع ان كان لا يكفي للاستحقاق والموهوم
لا يكفي للدفع والاستحقاق جميعا وايضا اذا رجع المزكي يضمن مع بقاء
الاستحقاق بالبينة قوله ولو شهد شاهدان على مرأة بالنكاح الى قوله
لانهما اتلفاها من غير عوض وحاصله انهم اذا شهدوا على المرأة ورجعوا
لا يضمنون بحال لان منافع البضع لا تتقوم عند الاتلاف وان شهدوا
على الرجل فكذلك الا اذا شهدوا عليه باكثر من مهر مثلها فيضمنون
الزيادة لانهم اتلفوها من غير عوض وبهذا يسقط ما اورده بعض الاصوليين
اشكالا في بحث الشرط ان قوما لو شهدوا بانه تزوج هذه المرأة بالف
واخرون بانه دخل بها ثم رجع الفريقان فالضمان على شهود الدخول ووجه
الاشكال بان شهود النكاح اذا لم يضمنوا وهم شهود العلة فشهود الدخول
وهم شهود الشرط اولى ان لا يضمنوا ووجه السقوط ظاهر لان شهود
النكاح انما لم يضمنوا لانهم اتلفوه بعوض كما ذكر في الكتاب والاتلاف به
كلا اتلاف بخلاف شهود الدخول فانهم بشهادتهم اكدوا ما كان على شرف
السقوط وللتاكيد شبه بالايجاب فهم اوجبوا المهر بلا عوض فيضمنون
كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا وقد اجيب بان تضمين شهود
الدخول دون النكاح مبني على ان شهود الدخول ابرؤا شهود النكاح
عن الضمان حيث دخلوا في ملك الزوج عوض ما غرم من المهر وهو استيفاء
منافع البضع وفيه نظر لان الابراء يتلو الوجوب والضمان لا يجب على شهود
النكاح بحال نعم هم يضمنون الزيادة فيما اذا شهدوا باكثر من مهر مثلها
ولكن شهود الدخول لا يتمكنون من ابرائهم عن ضمان الزيادة لانهم لا يدخلون
في ملك الزوج عوضها فعلم انهم يضمنون باعتبار انهم يتلفون المهر بالتقرير
بلا عوض اذ العوض وهو ملك المنافع يثبت بالنكاح قبل التقرير بخلاف
شهود النكاح لانهم يتلفون المهر بعوض فلا يضمنون قوله لان المنافع
غير متقومة عند الاتلاف يشكل بما ذكر في الذخيرة حيث قال شهدا على امرأة
ان فلانا تزوجها على الف وقبضته وهي تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضي به
ثم رجعا ضمنا مهر المثل دون المسمى ولو شهدا بالعقد ولا وقضي به ثم بقبض
الالف وقضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا المرأة المسمى لان منافع البضع
عند الدخول في ملك الزوج متقومة فيضمنان قيمتها في احد الفصلين والمسمى
في الاخر والفرق ان الضمان انما يجب بالاتلاف والشاهد انما يتلف

ما قضى

ما قضى به وهو في الفصل الاول النكاح لا المهر لانهم شهدوا بالنكاح بمهر
مقبوض وفي مثله لا يقضى بالمهر لانه يقترن بالقضاء ما يمنعه وهو كونه
مقبوضا فصارا متلفين منافع بضعها لا بمهر فيضمنان قيمتها وهو مهر المثل
واما في الفصل الثاني فالقاضي قضى بالمهر حين قضى بالنكاح لانعدام المانع
وهو كونه مقبوضا فلم يكن الشهادة اتلافا لانه قابل المنافع عوضا فوقها
فبقيت الشهادة بالقبض اتلافا للمهر فيغرمانه هذا كلامه فلو لم يكن منافع
البضع متقومة عند الاتلاف وجب ان لا يضمن الشهود في الفصل الاول
شيئا كما لا يضمنون الزيادة فيما شهدوا بالنكاح عليها باقل من مهر مثلها
وجوابه ان اتلاف البضع حقيقة بغير عوض موجب الضمان تعظيما لخطر
المحل فيعتبر الاتلاف الحكمي به اذا خلا عن العوض صيانة لخطره اما
اذا قابله العوض وان كان لا يعدله فليس في معنى الاتلاف الحقيقي الذي
لا عوض فيه اصلا فلا يلحق به والله اعلم قوله ولا فرق بين ان يكون البيع
باتا او فيه خيار البايع الى اخره فان قلت فالبيع بشرط الخيار للبايع
لا يزيل الملك عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ
البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا
قلنا زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع
المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوايده فكان الاتلاف حاصلا
بشهادتهما والبايع كان منكرا لاصل البيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار
مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر كذبه
عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله ولهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ
في دفع الضمان عن الشاهدين كذا في الكافي وهذا مشكل لانه لما قضى
عليه بالبيع بطل انكاره والتحق بالعدم شرعا حتى انه لم يعتبر متناقضا فيما
اذا اشترى عبدا فباع فرد عليه بقضاء حيث كان له ان يرد على بايعه
مع انه قد انكر قيام العيب الا انه لما قضى عليه بالبيع التحق انكاره بالعدم
وكذا لو انكر الكفالة بالامر حتى اقيم عليه البينة وقضي بها عليه كان له
ان يرجع على المكفول عنه مع انكاره الكفالة بالامر لان الانكار لما بطل
بالقضاء صار كعدمه فلم يعتبر متناقضا فلو تصرف هنا بحكم الخيار لم يظهر
كذبه لالتحاق انكاره بالعدم كيف ولو ظهر كذبه لصار به متناقضا وليس
بمتناقض حتى لو رده بالخيار جاز كما جاز الرد بالعيب ورجوعه
بحكم الكفالة في المسئلتين وايضا التصرف بحكم الخيار في البيع والبيع
بالخيار قد لزمه جبرا لا باختياره لا يوجب كذبه في انكار البيع

لجواز ان يكون محقا في الانكار ولكنه لما قضى عليه بالبيع وبطل ما في زعم
من انكاره البيع جاز الرد بحكم الخيار ضرورة ثبوت البيع مع الخيار
وذلك ليس من باب ظهور الكذب في شيء وبالجملة فتصرفه بحكم الخيار
في البيع الثابت بالقضاء لا يوجب كونه مبطلا فيما بينه وبين الله تعالى
في الانكار الذي سبق وايضا كذبه قد ظهر لما قضى عليه وظهور الظاهر
محال فكيف يظهر كذبه بالتصرف بحكم الخيار وايضا القضاء في العقود
نافذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفاذ البيع باطنا انه يثبت بينهما بيع بحكم
الشرع بطريق القضاء على ما عرف فاذا تصرف بحكم الخيار كان تصرفه
بحكم البيع الذي ثبت الآن بحكم الشرع وذلك لا يتضمن ظهور كذبه
قوله ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي
اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته
غالبا وفي الحاشية وهذا مشكل لان الامر على القلب فالظاهر ان
الولي يقدم على القتل لكونه مباحا وبه يدرك ثاره والظاهر ان المكره
لا يقتل لانه لا يباح قتله ويحتمل ان يرتدع المكره عنه او يلحقه الغوث
ثم لفظها وجوابه ان الانسان مجبول على انه لو خلي وطبيعته لما اختار
الا ما هو انفع له ولا يخفى ان الانفع لولي القصاص هو العفو لما فيه
من المصالح الدينية والدنيوية لانه يستحق به الثواب آجلا والمدح عاجلا
وفيه احراز النفس والمال عن الهلاك لانه لو استوفى القصاص يكون
اولياء المقتص اعداء للمستوفي فيسعون في اتلاف نفسه وماله على ما هو
العادة ويلحقون الضرر لوجوه لا تحصى فظهر ان في الاستيفاء ضررا
كثيرا ونفعا يسيرا وفي العفو بعكس ذلك فالظاهر انه يختار العفو واما
المكره فهو وان كان يأثم بالقتل ولكن له في اختيار حيوة نفسه مصالح كثيرة
لانه يتمكن من ادراك التقصيرات الواقعة عنه مدة عمره وبها يقدر على الطاعات
التي توصله الى خالقه والاثم يرتفع بالتوبة فالظاهر انه بالنظر الى هذه
المصالح يؤثر حيوته غالبا كيف وهو مجبول على حب حيوته والمرء لتحصيل
هذه المصالح يختار المكروه فما ظنك بالمحبوب اقول المصنف ادار
الحكم على علية الافضاء الواقعي لا العقلي ولكن عدم الافضاء الواقعي
في القصاص بكونه مندوبا والوجه المذكور في الحاشية ان كان يدل على علية
الافضاء عقلا فهو لا ينافي عدم علية الافضاء الواقعي بجهة انه مندوب
وكذلك ما ذكر في المكره ان كان يدل على عدم وقوع القتل فهو لا ينافي وقوعه
غالبا في الواقع قوله وان قالوا شهد ناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح

وعند

وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا ضمان عليهم الى آخره قلت هذا مبني
على ان القضاء عند محمد رح بشهادة الفروع والاصول جميعا وعندهما
يضاف الى الفروع ولكن هذا يشكل بما ذكر في الكافي حيث قال رجع فرعا
اصلين وفرعا اربعة ضمنوا اثلاثا وعند محمد رح انصافا لان القضاء وقع
بشهادة الفروع من وجه فهم الذين شهدوا بمجلس القضاء واثبتوا هذا الحق
وبشهادة الاصول من وجه فلهم الشهادة على المال الا ان الفروع فمحمد رح نظر
الى الفروع وهم سواء وابو حنيفة وابو يوسف نظرا الى الاصول فجعلوا
الضمان اثلاثا هذا لفظه ووجه الاشكال ظاهر لان ما ذكرنا من اصل محمد
ان القضاء بشهادة الاصول والفروع جميعا يقتضي ان يجب ثلث المال ونصف
السدس على فرعي اصلين ونصف الجميع ونصف السدس على فرعي اربعة لان
ثلث المال واجب على فرعي اصلين بيقين ونصفه واجب على فرعي اربعة بيقين
والسدس واجب على فرعي اصلين ان اعتبر القضاء بشهادة الفروع
وعلى فرعي اربعة ان اعتبر القضاء بشهادة الاصول فوجب ان ينتصف السدس
عليهما عملا بالاعتبارين وعلى اصليهما يجب ان يكون الضمان انصافا لان القضاء
عندهما يضاف الى شهادة الفروع حتى لو رجع الاصول والفروع فالضمان
على الفروع عندهما ثم ما ذكر في الكافي ان محمدا نظر الى الفروع يشكل بما ذكر
في الذخيرة انهم اجمعوا على انه اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين
وشهد اربعة على شهادة شاهدين فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا ان
الضمان على الفريقين نصفان فلو كان المنظور عند محمد رح هو الفروع
وجب ان يكون الضمان على الفريقين اثلاثا عنده ويمكن ان يجاب عن الاشكال
الاول بان القضاء لما كان بشهادة الفروع من وجه وبشهادة الاصول
من وجه اوجبنا الضمان على الفروع واعتبرنا عدد الاصول في قسمة الضمان
على الفريقين عملا بالجهتين ولم يعكس لان الفروع مباشرون والاصول
كالمسببين فاعتبرنا في الضمان الفروع وفي القسمة التي كالوصف اعتبرنا
عدد الاصول ترجيحا لجانب المباشرة على التسبب ومحمد رحمه الله يقول
لما وجب الضمان على الفروع عند رجوعهم اعتبرنا في القسمة عددهم ايضا
الحاقا للوصف بالاصل وعن الاشكال الثاني ان محمدا رح وان كان يعتبر
الفروع عند رجوعهم فهو كانه يقول ان الشهادة على الشهادة جوزت
لضرورة احياء الحقوق وان كان القياس يأبى جوازه والضرورة ترتفع
بتحميل الشهادة على اثنين فكان التحميل على اكثر منهما زائدا على قدر الحاجة فلا
يعتبر فكانه على شهادة كل من الاصلين لم يشهد الا اثنان ووجد آخر

ان شهود الفرع وان كثروا فلا يحصل به زيادة اطمينان فى معرفة الحق
المشهود به بخلاف الاصول اذا شهدوا بانفسهم فكان اربعة من الفروع
كالاثنين **قوله** بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض لان الشرط
ما يتوقف عليه الحكم والرجم موقوف على الاحصان فيكون شرطا واختار
الامام فخر الاسلام ان الاحصان فى باب الزنا علامة محضة وقال
وانما قلنا انها علامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد العلة الى ان يوجد
الشرط وهذا لا يكون فى الزناء بحال لان الزناء اذا وجد لا يتوقف
حكمه على احصان يحدث بعده ولكن الاحصان اذا ثبت يكون معرفا
لحكم الزناء فاما ان يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على وجود
الاحصان فلا فثبت انه علامة وليس بشرط فلم يصلح علة للوجود
ولا للوجوب ولذلك لم يجعل له حكم العلل بحال الى هنا لفظه واعترضوا
عليه بان الشرط لا يستلزم ان يتوقف انعقاد العلة عليه بعد وجود صورتها
الا يرى ان الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة شروط الصلوة
بلا خلاف مع انها بعد وجود صورتها لا تتوقف على هذه الشروط
وهو ظاهر وكذلك الشهود فى النكاح شرط مع ان النكاح بعد
وجود صورته لا يتوقف عليه فليكن الاحصان شرطا مثل هذه الشروط
والجواب ان الشرط على ثلثة انواع احدها شرط وجود صورة العلة
وصيرورتها علة اسما والثانى شرط انعقاد العلة وصيرورتها علة
معنى والثالث شرط وجود الحكم وصيرورته علة حكما وما ذكرت
من ان الشرط لا يستلزم ان يكون مما يتوقف عليه انعقاد العلة بعد
وجود صورتها فذلك مسلم فيما هو شرط لوجود العلة صورة كشروط
الصلوة اذ لا وجود لصورتها شرعا الا بهذه الشرايط فاما ما هو شرط
لوجود الحكم لا لوجود صورة العلة او شرط لانعقاد العلة فلا بد
وان يكون مما يتوقف عليه انعقاد العلة بعد وجود صورتها كالدخول
فى ان دخلت الدار فهى طالق وكالقبض فى الهبة وكالصدقة فان حكمها
يتوقف عليه بعد وجود الايجاب والقبول وكالتراضى فى البيع شرط لحكمه
وهو الملك يتوقف عليه انعقاد البيع فى حق الحكم اذا ثبت هذا فالاحصان
فى باب الزنا لا يمكن جعله شرطا لوجوده لظهور ان الزنا بالمعنى الشرعى يتحقق
بدون الاحصان حتى يحد به ولا لوجود حكمه لان ما هو شرط الحكم
يتوقف عليه انعقاد العلة بعد وجود صورتها والزناء بعد الوجود
لا يتوقف انعقادها علة للرجم على وجود الاحصان حتى لو زنى ثم احصن

لا يرجم بالاتفاق فظهر ان جعله علامة لا شرطا هو الحق والله اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

قال الشيخ رحمه الله فى كنز الدقايق
التوكيل اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف ممن يملكه وانه مشكل لما سياتيك
ان الوكيل اصل فى التصرف حتى يرجع الحقوق اليه عندنا وان الموكل
بالشرى يخلف الوكيل فى الملك كما يخلف المولى عبده فى ملك ما يتهب
ويصطاد وهذا كله يشير الى ان التوكيل اذن بالتصرف فى ذمته او ماله
او نفسه وليس بانابة للوكيل مناب نفسه فى التصرف اذ لو كان نايبا عنه لانتقل
التصرف اليه لوجوب انتقال فعل النايب الى المنوب فيكون الحقوق
الى الموكل كما هو مذهب الشافعى رح لا الى الوكيل كما هو مذهبنا وكذا لم يتصور
ان يكون الموكل خليفة عن الوكيل بالشرى فى الملك لاستحالة ان يكون
المنوب خليفة عن نايبه ثم **قال** الشارح واما ركنها اى ركن الوكالة
فالالفاظ التى يثبت بها الوكالة من قوله وكلتك ببيع هذا العبد او شرائه
واقترن به قبول المخاطب **قلت** هو تصريح باشتراط القبول وبه يشعر
لفظ الذخيرة حيث قال رجل وكل رجلا بطلاق امرأته فلم يقبلها صريحا
ولكن طلقها فالقياس ان لا يصح الطلاق وفى الاستحسان يصح ويجعل اقدامه
على الطلاق قبولا للوكالة دلالة هذا لفظه وفيه اشارة الى ان القبول
شرط اما صريحا او دلالة ولكن المسئلة منصوصة فى مسائل شتى من كتاب
الكنز انه لو قال لاخر وكلتك ببيع هذا العبد فسكت المخاطب عن القبول
وعدمه صار وكيلا فهذه المسئلة تدل على ان القبول ليس بشرط لصيرورته
وكيلا وذلك انه لا الزام فى التوكيل والقبول انما يشترط لئلا يلزمه شئ
بلا التزامه فحيث لا الزام يجب ان لا يشترط كالابراء عن الدين فانه
لما كان من باب ما لا الزام فيه لم يتوقف على القبول وان كان يرتد
بالرد فكذا التوكيل سيما عند من جعله اسقاطا **قوله** كل عقد جاز
ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره ويرد عليه توكيل المسلم
الذمى بشراء خمر او خنزير لان الموكل لا يملك هذا العقد مع ان التوكيل
به صحيح واجيب عنه فى الشرح بان هذا طرد وليس بعكس حيث لم يقل
كل عقد لم يجز ان يعقده بنفسه لا يجوز ان يوكل به غيره وتوكيل المسلم
بشراء الخمر انما يرد على العكس لا على الطرد وفيه نظر لان التنصيص بالشئ
نفى عما عداه فى الروايات على ما هو مختار المصنف رح فتقييد العقد بالجواز
يدل على ان ما لا يجوز مباشرة الموكل من العقود لا يجوز التوكيل به فيرد
توكيل المسلم الذمى فيما لا يملك المسلم بنفسه ثم اعترض بالاستقراض

فان التوكيل لا يصح وان كان يملك الاستقراض واجيب بان التوكيل
بالبيع انما يصح لان محله ملك الموكل بخلاف الاستقراض واعترض عليه
بان محل النكاح وهو المراة ليس بمملوك للموكل وقد صح التوكيل به وجوابه
ان التوكيل بالنكاح امر بالتصرف في حقه وهو الذمة فان الوكيل بالنكاح
يوجب المهر في ذمة الموكل وذمته حقه فيملك الامر بالتصرف فيه فصار
كالتوكيل بالشراء بخلاف الاستقراض فانه امر بقبض حق المقرض وذلك
تصرف في حق الغير والامر بالتصرف في حق الغير وعدمه بمنزلة فلا يجوز
التوكيل به لانه تمليك التصرف ولا تمليك فيما لا يملك فحاصل الجواب
عن الاستقراض هو ان ما جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل
به غيره اذا امكن تحقيق معنى التوكيل وفي الاستقراض لا يمكن فلا يصح فان
قلت الامر بالاستقراض ايضا امر بالتصرف في ذمته بايجاب المثل فان
القرض يوجب المثل في الذمة فصار كالامر بالنكاح والشراء اجيب بان
الاستقراض وان كان يوجب المثل في الذمة ولكن بعد القبض فلا بد
من صحة الامر بالقبض اولا وذلك غير صحيح فلا يصح التوكيل به قوله
لانها تندرء بالشبهات وشبهة العفو ثابتة هذا التعليل يستقيم
في القصاص لصحة عفو الموكل فيه اما الحدود فلا تحتمل العفو ممن له ولاية
الاستيفاء وهو الامام فلا يتاتى هذا التعليل فيها وفي الكافي
الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير
لما فيه نوع شبهة هذا لفظه وانه ايضا مشكل لانه يقتضي ان لا يصح
التوكيل باستيفائها حال حضرة الموكل ايضا ولان التوكيل باستيفاء
الحدود جار حال غيبة الائمة من غير نكير فانهم قلما يحضرون مجلس
الاستيفاء ويوكلون الجلادين بالاستيفاء وجعل ضمير قوله
فان الوكالة لا تصح باستيفائها الى القصاص تبعا وبل المقاصة مع كونه
بعيدا يأباه سياق الكلام لانه تعليل لاستيفاء الحدود والقصاص
جميعا بقوله الا في الحدود والقصاص قوله وليس كل احد يحسن الاستيفا
فلو منع عنه اي عن الاستيفاء ينسد باب الاستيفاء اصلا وبابه
مفتوح فما يؤدي الى انسداده كان هو المنسد وهذا ايضا يوجب
صحة التوكيل باستيفاء الحدود ممن له ولاية الاستيفاء سواء كان
الموكل حاضرا او غايبا وما ذكر في الكافي من قوله لانها تندرء بالشبهات
فلا يستوفي بما يقوم مقام الغير يأباه قوله الا برضاء الخصم

قلت

قلت هذا اذا كان التوكيل بها قصدا اما اذا كان بطريق الضرورة كان
جايزا بالاتفاق وبيانه ما ذكر في الذخيرة عبد في يد رجل اقام رجل
بينة انه عبده اشتراه من ذي اليد ونقد الثمن ولم يذكر قبض المبيع ولم يذكره
الشهود ايضا وبرهن ذو اليد انه وديعة عنده من فلان لا يندفع عنه
الخصومة ووجب القضاء بالعبد للمدعي ثم لو حضر الغايب قبل القضاء
به وصدق ذا اليد فيما اقر يؤمر ذو اليد بدفع العبد اليه لانه اقر في حال
كان العبد ملكه ظاهرا ثم يقضي بالعبد للمدعي الشراء على المقر له ولا يكلف
اعادة البينة لان البينة قد صحت ظاهرا واستحق القضاء بها فهو باقراره
يريد ابطال استحقاقه فاعتبر اقراره في حقه لا في حق المدعي وصار الغايب
عند حضرته كالوكيل بالخصومة عن ذي اليد وهذا لان صاحب اليد
لما اقر بالملك للغايب والخصومة ابدا الى المالك فقد فوضها اليه فصار
كان المدعي اقام البينة فقبل ان تزكى وكل ذو اليد رجلا بالخصومة وهناك
اذا زكيت لا يكلف اعادة البينة كذا هنا ويكون المقضي عليه في هذه الصورة
صاحب اليد دون المقر له لانه كالوكيل وعن هذا ظن البعض ان هذا
قولهما لا قول ابي حنيفة رح لانهما يريان جواز التوكيل بلا رضاء الخصم
وهو لا يراه وليس الامر كما ظنوا لانه انما لا يرى ذلك قصدا والتوكيل هنا
لا يثبت قصدا هذا لفظه وفيه ايضا اذا وكل بتقاضي دينه فهو جايز رضي
المطلوب او لم يرض قالوا هذا اذا كان المطلوب مقرا بالدين اما اذا كان
جاحدا لا يصح التوكيل عند ابي حنيفة رح من غير رضاء الخصم الا اذا كان
الموكل حاضرا لانه اذا كان جاحدا كان التوكيل بالتقاضي توكيلا بالخصومة
والجواب في التوكيل بها من غير رضاء الخصم عنده هكذا واليه مال شمس
الائمة وذكر شيخ الاسلام رح ان التوكيل صحيح على كل حال لان التوكيل بالخصومة
هنا يثبت في ضمن التقاضي ويجوز ان يثبت الشيء في ضمن غيره ولا يثبت
مقصودا هذا كلامه قوله لهما ان التوكيل في خالص حقه فلا يتوقف
على رضاء غيره قلت هذا التعليل ينتقض بما اذا وكل بالخصومة واستثنى
الاقرار فان الاستثناء صحيح عند محمد رح ولكن للخصم ان يقبل هذا التوكيل
عنده صرح بذلك في البزدوي حيث قال وقال محمد رح يصح استثناء الاقرار
ايضا مع ان التوكيل به غير لازم عند محمد رح قوله والناس متفاوتون
في الخصومة يعني بعضهم افطن من بعض فجاز ان يثبت البطلان بصورة الحق
فيتضرر به الناس فلا يلزم الا برضاهم كذا في الحاشية قلت فينبغي ان
لا يقبل التوكيل بلا رضاء الخصم وان كان الموكل حاضرا مع الوكيل في مجلس القضاء

والمسئلة بخلافه فان الموكل اذا كان حاضرا مع الوكيل فى مجلس القضاء يقبل
التوكيل به وان لم يرض الخصم به بالاتفاق قوله اذا اراد السفر لتحقق
الضرورة لانه لو لم يجز يلحقه الضرر بالانقطاع عن مصالحه فان قلت
فى لزوم التوكيل به ايضا ضرر بالخصم وتحمل الضرر الخاص لدفع مثله
لا يجوز قلت ضرر الخصم اهون من ضرر المريد للسفر لان الخصم يصل الى حقه
غالبا اذ الحق يعلو اما المريد للسفر اذا منع من السفر ينقطع عن مصالحه
غالبا قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف هذا
على قول ابى يوسف ومحمد رح صحيح وعلى قول ابى حنيفة مشكل لانه يجوز توكيل
المسلم الذمى بشراء خمر او خنزير عنده خلافا لهما مع ان المسلم لا يملك
شراءهما وبيعهما الا ان يراد بملك التصرف ملك جنس التصرف ونوعه
ويحتمل ان يكون هذا الشرط على قولهما لا على قوله قوله لتملكه من غيره
يشير الى ان الوكيل فى العقد نايب عن الموكل فيجب ان ينتقل العقد اليه
فلما انتقل اليه انتقل مع حقوقه فيجب ان يكون الحقوق على الموكل دون
الوكيل كما هو قول الشافعى رح وجوابه ان الوكيل وان كان اصلا فى العقد
فهو نايب عنه فى حكم العقد والمقصود من العقد هو حكمه فاذا كان
نايبا عن الموكل فى الحكم كان نايبا عنه فى العقد حكما قوله وان وكل
صبيا محجورا اشارة الى انه لو كان ماذونا يتعلق الحقوق به لا بموكله
ولكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكره فى الذخيرة فقال وان كان
الوكيل صبيا ماذونا فى التجارة فان كان وكيلا بالبيع بثمن حال او بثمن
مؤجل فباع جاز بيعه ولزمه العهدة واما اذا كان وكيلا بالشراء
فان كان وكيلا بالشراء بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة وان كان وكيلا
بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفى الاستحسان يلزمه هذا لفظه
ذكره فى حاشية الكنز قوله ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان
العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغنى
عن اضافة العقد الى الموكل وقد يقال لو كان العاقد هو الوكيل حقيقة
وحكما لكان ينبغى ان لا يجوز اقالة الموكل مع البايع لان الاقالة فسخ العقد
فلا يصح الا ممن قام به والعقد قايم بالوكيل دون الموكل فلا يصح الا من الوكيل
والمسئلة بخلافه قوله وكذا حكما اى معنى يعنى هو عاقد صورة ومعنى
اما صورة فلان العقد ينعقد بعبارته لا بعبارة غيره بخلاف الرسول
فانه ينقل عبارة غيره فينعقد العقد بعبارة المرسل لا بعبارة الرسول
واما معنى فلانه يستغنى عن الاضافة الى الموكل ولو لم يكن مستغنيا عن الاضافة الى الموكل

لكان

لكان العاقد معنى هو الموكل دون الوكيل وحيث لا يضيف اليه كان العاقد
هو الوكيل معنى ايضا كما هو عاقد صورة قوله والملك يثبت للوكيل خلافة
اى بدلا عنه ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد
النكاح ولا يعتق عليه كذا فى الكافى وقد يجاب بان الشرط لفساد النكاح
وثبوت العتق هو الملك المتقرر الا يرى انه لو كان تحت حر امة فتزوج
على رقبتها باذن سيدها صح النكاح وللمولى على الزوج القيمة ولا يفسد
نكاح الزوج فى الامة وان الزوج وان صار مستقرضا الامة من المولى
فملكه اياه غير متقرر فلا يفسد به النكاح كذا ذكر فى الكافى فى باب المهر
وما يثبت للوكيل من الملك غير متقرر عليه فلا يفسد به النكاح ولا يثبت
العتق فلا يكون ذلك دليلا على عدم ملك الوكيل فان قلت لو اشترى
قريبه او منكوحته بشرط الخيار يعتق عليه عندهما ويفسد النكاح
مع ان ملك المشترى مع شرط الخيار غير متقرر فعلم ان المتقرر من الملك
ليس بشرط لذلك اجيب بان الفرق بينهما هو ان الملك متى ثبت فى المحل
لا على سبيل التقرر فان تعلق به حق الغير زمان الثبوت لا يفسد به
النكاح ولا يعتق به القريب والا يفسد النكاح ويعتق القريب والملك
الثابت للمشترى بخيار الشرط لا يتعلق به حق الغير فيفسد النكاح
ويعتق القريب والملك الثابت للوكيل يتعلق به حق الغير وهو الموكل
فلا يفسد به النكاح ان كان المشترى منكوحته ولا يعتق ان كان
قريبه فيظهر ان غير المتقرر من الملك انما ينافى عتق القريب وفساد النكاح
اذا كان عدم التقرر بصفة تعلق حق الغير والا فلا قوله وكل عقد
يضيفه الى موكله الى اخره قلت لو قال كل تصرف كان من الاثباتات
فحقوقه ترجع الى الوكيل وكل تصرف كان من الاسقاطات فحقوقه ترجع
الى الموكل لكان تعريفا بمعلوم اذ الاثباتات والاسقاطات معلومة
بخلاف لزوم الاضافة الى الموكل وعدمه فانا لا نعلم العقد الذى تجب فيه الاضافة
الى الموكل او لا تجب الا بتفسير اخر بان يقال كل ما يكون من الاثباتات
لا يلزم فيه الاضافة الى الموكل وما يكون من الاسقاطات يلزم فيه ذلك
فالاولى ان يعرف بما لا يحتاج الى تعريف اخر قوله وهذا لان الحكم
فيها لا يقبل الفصل عن السبب وقد يقال المعنى بالفصل عن السبب
هو ان ينعقد السبب ولا يترتب حكمه عليه وهنا يترتب الحكم على السبب
غاية الامر انه لا يثبت للعاقد بل يثبت للغير لكن لا بطريق الاصالة بل
بطريق الخلافة عن العاقد والخلف يحكى حكاية الاصل فكان الحكم

ثابتا للعال قد حكما فلم يكن من قبيل انفصال الحكم عن السبب في شيء وجوابه
سنذكره ان شاء الله تعالى **قوله** لانه اسقاط فيتلاشى وقد يقال
المتلاشي في النكاح مثلا هو الحرمة وانها ليست بحكم النكاح بل حكمه
تلاشيها واضمحلالها والساقط ان كان يتلاشى فسقوطه واضمحلاله
ليس بمتلاش فيتصور ان ينعقد سببا لمتلاشى لاحد ويثبت التلاشي
لغيره انما لا يتصور ذلك لو كان حكم هذه العقود هو الساقط وليس
كذلك وجوابه ان السقوط والاضمحلال عبارة عن العدم والعدم
ليس بشيء وثبوت امر لشخص فرع ثبوته في نفسه لاستحالة ان لا يكون له
ثبوت في نفسه ويثبت لغيره فكان الموجود هنا هو نفس السبب
لا غير فلا يثبت للموكل الا نفس السبب فكان الوكيل سفيرا بالضرورة
توضيحه ان الموكل ليس باعلى حالا من المباشر الاصيل وبهذه الاسقاطات
لا يثبت للاصيل شيء لانها لا تفيد الا العدم الذي لا يمكن اثباته
لشيء لعدم ثبوته في نفسه فكذا في حق الموكل نعم يثبت للمباشر الاصيل
نفس السبب فكذا للموكل وهو المطلوب نعم يشكل بان حكم الاعتاق
والطلاق منفصل عن سبب كما في الايجاب المضاف نحو انت حر وانت
طالق يوم الجمعة فان المضاف سبب بالاتفاق وحكمه متراخ الى ما اضيف اليه
من الزمان حتى اشبه السبب باعتبار تراخي الحكم وجوابه انا لا نعني
بالانفصال تراخي الحكم عن السبب بل نعني به ان حكمه ليس بامر وجودي
له وجود سوى وجود سببه انما الموجود هو السبب فلو انتقل الى الموكل
لم ينتقل الا السبب وباقي التقريب ما ذكرنا وبهذا يخرج الجواب
عما وعدنا فليتأمل **قوله** والضرب الثاني من اخواته العتق على مال
والكتابة والصلح على الانكار **قلت** سوى ههنا بين العتق على مال
والخلع فجعل الوكيل في كل منهما سفيرا بناء على انهما من الاسقاطات
وفرق بينهما في اشتراط البدل على الاجنبي فجوز في الخلع دون العتق
وبنى ذلك في الكافي على ان الخلع من الاسقاطات والعتق من الاثباتات
واشتراط البدل على الاجنبي في الاثباتات لا يجوز وفي الاسقاطات
يجوز وذلك مشكل لان العتق ان كان اثباتا كالبيع وجب ان يكون
الوكيل فيه اصيلا في الحقوق كما في البيع وان كان اسقاطا كالخلع وجب
ان يصح اشتراط بدله على الاجنبي وكذا سوى ههنا بين الكتابة والخلع
والصلح عن دم العمد وفرق بينهما وبين الخلع واخواته في البيع الفاسد
من حيث ان الكتابة تفسد بالشرط الفاسد المتمكن في صلب العقد كما لو كاتب عبدا

على جارية واستثنى حملها فالحقها ثمه بالبيع وههنا بالخلع والنكاح وذلك
ايضا مشكل والجواب ان الاعتاق اثبات من حيث انه اثبات القوة الشرعية
واسقاط من حيث انه ازالة الملك فمن حيث انه اسقاط وجب ان يلزم
بدله على الاجنبي اذا اشترط عليه ومن حيث انه اثبات وجب ان لا يلزم
والاصل في الذمة البراءة فلا يلزم بالشك فاخذ حكم البيع واما الحقوق
فيلزم على الوكيل به من حيث انه اثبات ولا يلزم عليه من حيث انه اسقاط
فلا يلزم بالشك فكان في حكم الخلع وكذا الكتابة دايرة بين الامرين
فقلنا تفسد بالشرط الفاسد المتمكن في صلب العقد عملا بشبه البيع
ولا تفسد بغير المتمكن فيه عملا بشبه الخلع ونحوه عملا بالاعتبارين ثم لما كانت
دائرة بينهما لم تلزم الحقوق فيها على الوكيل بالشك ولم يجعل الوكيل فيها اصيلا
بالاحتمال **فان قلت** فيجب ان لا يرجع الحقوق الى الموكل ايضا لان كونه كالتصرف
من الاثباتات يوجب ان لا يرجع الحقوق اليه بل الى الوكيل وكونه من الاسقاطات
يوجب ان يرجع اليه فلا يرجع اليه بالشك **اجيب** بان الوكيل والموكل
لما استويا بالنظر الى السبب لان جهة الاثبات تقتضي ان يعتبر الوكيل
هو المباشر للسبب وجهة الاسقاط تقتضي ان يعتبر المباشر للسبب هو الموكل
ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا كانه ناقل العبارة رجحنا الموكل لثبوت حكم
التصرف له فقلنا برجوع الحقوق اليه دون الوكيل بخلاف الاثباتات
المحضة لان المباشر للسبب فيها هو الوكيل من كل وجه والحكم يثبت للموكل
ولكن السبب اصل والحكم تابع فاعتبر في رجوع الحقوق الاصل دون التبع
على ان الموكل اعتبر خليفة الوكيل في ثبوت الحكم فكان صاحب السبب هو
الوكيل وكذا صاحب الحكم من وجه فكان اولى في اعتبار رجوع الحقوق
اليه نعم يشكل بان النكاح لو كان اسقاطا كما ذكره المصنف هنا وجب
ان يصح تعليقه بالشرط كما يجوز تعليق ساير الاسقاطات وان اجيب بان
النكاح اسقاط من وجه والتعليق يختص بمحض الاسقاط على ما صرح به المصنف
في اخر كتاب الهبة قلنا فحينئذ يشكل بالاعتاق فانه ليس باسقاط محض
وقد صح تعليقه وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى وايضا النكاح لما كان
من الاسقاطات لزم ان يكون الطلاق من الاثباتات لانه ناقض للنكاح
والناقض للشيء يضاده وضد الاسقاط هو الاثبات وذلك لان النكاح
لما كان اسقاطا للحرمة كان الطلاق اثباتا لها بالضرورة فيكون الطلاق
اثباتا وانه خلاف الاجماع فعلم ان الطلاق ازالة الملك الثابت للزوج
على المرأة بالنكاح ولما كان الطلاق ازالة لملك الزوج كان النكاح اثباتا

لملكه عليها فيكون النكاح من الاثباتات وكون الملك ضروريا لا يظهر الا في حق حل الاستمتاع بالمرأة لا ينافي ان يكون النكاح مشروعا لهذا النوع من الملك الضروري تبقية للعالم الى وقت التناد نعم ان النكاح يتضمن ازالة الحرمة من الجانبين ولكن هذه الازالة تابعة لثبوت الملك له عليها حتى يطالبها بالتمكين قضاء وديانة ولها عليه حتى يملك مطالبته بالوطي ديانة وقضاء ايضا مرة واحدة حتى لو لم يقدر عليه يفرق بينهما فان الحرمة انما تزول بثبوت الملك فكان الثبوت هو الموجب الاصلي للنكاح وزوال الحرمة من ثمرات الملك كزوال الحرمة في مال الغير بالشرى فان الشرى ايضا يوجب زوال حرمة التصرف في المبيع ولكن بواسطة اثبات الملك للمشتري ثم الشرى ليس الا اثباتا فكذا النكاح اذ لا فرق بينهما الا في ان الملك يثبت بالشرى في جميع التصرفات وفي النكاح لا يظهر الا في حل الاستمتاع من الجانبين وهذا يوجب التفرقة بين الشرى والنكاح حتى يكون الشرى اثباتا والنكاح اسقاطا **قوله** والصلح على الانكار **قلت** ينبغي ان يكون المسئلة على التفصيل وذلك ان الصلح على الانكار اعتبر معاوضة في حق المدعي حتى يجري الشفعة لو صالحه على دار واعتبر مقطعا للخصومة في حق المدعى عليه فيجب ان يكون الوكيل بالصلح من جانب المدعي اصيلا في الحقوق ولا يكون اصيلا فيها اذا كان من جانب المدعى عليه **قوله** الا ان التوكيل بالاستقراض باطل **قلت** كانه اراد ببطلانه انه غير مجري على حقيقته حتى ان الوكيل لو اخرج الكلام مخرج الوكالة بان قال للمقرض اقرضني عشرة فالعشرة له لا للموكل والا فهذا التوكيل محمول على الرسالة مجازا حتى لو اخرج الكلام مخرج الرسالة بان قال ان فلانا يستقرض منك عشرة ففعل فالعشرة للآمر وذلك لانا العمل بالحقيقة لما تعذر جعلناه عبارة عن الرسالة حتى لا يلغو **فان قيل** لو صرح بالرسالة بان دفع الى رجل ثوبا وقال له اذهب الى فلان وقل له ان فلانا يستقرض منك عشرة ويرهن منك هذا الثوب فان اخرج المامور الكلام مخرج الرسالة بان اضاف القرض والرهن الى الآمر فالدراهم للآمر وعهدة الرهن عليه وان اخرجه مخرج الوكالة بان اضاف القرض والرهن الى نفسه وقال اقرضني وارتهن مني هذا الثوب فالدراهم للوكيل ويصير ضامنا للثوب اما لو اخرج الموكل الكلام مخرج الوكالة بان قال وكلتك بان تستقرض لي من فلان عشرة وترهن هذا الثوب منه فان اخرج الوكيل الكلام مخرج الرسالة فالعشرة للموكل وحقوق الرهن

ولا يضمن

ولا يضمن الثوب وان اخرجه مخرج الوكالة بان اضاف القرض والرهن الى نفسه فالدراهم للوكيل ولا يضمن الرهن ايضا لانه رهن ثوبه باذنه فلو كانت التوكيل بالاستقراض مجازا عن الرسالة لوجب ان يضمن الثوب اذا اخرج كلامه مخرج الوكالة لانه رسول بان يرهن الثوب من المقرض بدين الآمر وقد رهنه بدينه متى لم يضف القرض الى الموكل فقد خالف والرسول اذا خالف يضمن فكذا هذا **قلنا** انما لا يضمن الوكيل لان صيرورته رسولا كيلا يلغوا التوكيل حكم خفي لا يعرفه كل احد فقد اختلف العلماء في اقامة بعض الالفاظ مقام غيره في كثير من المسايل واذا كان هذا امرا خفيا لا اجتهاد فيه مجال عذر الوكيل اذا جهل انه صار رسولا بهذا اللفظ وبقيت العبرة لحقيقة الوكالة في حقه وكان الدفع باذنه بزعم الوكيل وصار الموكل معيرا ثوبه ليرهنه فيصح رهنه وان حصل بدينه الى هذا اشير في الذخيرة **قوله** باطل لبطلان الامر بالتصرف في ملك الغير واعترض بالتوكيل بقبض الهبة فانه صحيح مع انه امر بالتصرف في ملك الغير وبالتوكيل بقبض الديون فانه ايضا جايز مع انه امر بقبض حق الغير حتى ان المديون لو اقر بان هذا وكيل رب الدين بالقبض صح لانه اقرار في حق نفسه وقالوا ان قضاء الدين يكون بالتقاص وذلك بان يثبت للمديون بالاداء دين على الطالب فيتقاصان والجواب ان الامر بالتصرف في حق الغير انما يبطل اذا لم يكن الآمر مالكا لذلك التصرف بنفسه اما اذا كان فلا الا يرى ان توكيل المضارب غيره ببيع مال المضاربة جايز وانه تصرف في حق الغير ولا يخفى ان الموكل يملك قبض الهبة بتسليط من الواهب ويملك قبض الديون فيملك التوكيل به ايضا بخلاف الاستقراض فانه لا تسليط فيه على القبض قبل ان يجري بينهما ايجاب وقبول فلا يصح التوكيل به حتى لو جرى الايجاب والقبول بينهما اولا ثم وكله بالقبض جاز وقد اجاب بعض المحققين عن فصل الهبة بان التوكيل بقبض الهبة ما صح من حيث انه امر بقبض مال الغير وانما صح من حيث انه امر بالتصرف في عبارته بان يجعل عبارته موجبة للملك بعد ان لم يكن وعبارته ملكه حتى ان من استقرض واجابه المقرض فوكل رجلا بالقبض يصح لكونه امرا بالتصرف في حقه وهو جعل عبارته موجبة للملك والمسئلة في المحيط وفيه نظر لان الامر بالقبض وهو تصرف في حق الغير اذا كان صحيحا من حيث انه امر يجعل عبارته موجبة للملك لكان ينبغي ان يصح التوكيل بالاستقراض ايضا من حيث انه امر بجعل ذمته مشغولة بالدين

وذمته ملكه كعبارته فكما صح الامر بالقبض من حيث انه امر بالتصرف في عبارته ينبغي ان يصح من حيث انه امر بالتصرف في ذمته لان القبض كما يجعل العبارة موجبة للملك في باب الهبة يجعل ذمته مشغولة بالمثل في باب الاستقراض فتجويزه من حيث انه امر يجعل عبارته موجبة للملك لا من حيث انه امر يجعل ذمته مشغولة بالمثل مع ان شغل الذمة بالدين وصيرورة العبارة موجبة للملك يتوقفان على القبض تحكم وجوابه ان معنى الدينية في الاستقراض مهدرة لما عرف انه استعارة وحكم الاستعارة رد عين المأخوذ لا وجوب مثله في الذمة الا ان المستقرض لما لم يمكن له الانتفاع به الا باستهلاكه يثبت في الذمة ضرورة فكان شغل الذمة في الاستقراض من باب الضرورة لا مقتضى العقد ولهذا المعنى قالوا ان المردود في باب الاستقراض له حكم المأخوذ من كل وجه بخلاف المردود في السلم فانه ليس في حكم العين من كل وجه على ما عرف تحقيقه في السلم فعلى هذا التحقيق لا يكون الامر بالاستقراض امرا بالتصرف في ذمته لما ان شغل الذمة يثبت بالعارض لا بمقتضى الاستقراض فلا يعتبر به الا يرى انهم لم يعتبروا اخذ المستقرض مبادلة كما في ساير الديون فعلم انه في حكم العين من كل وجه وان معنى الدينية مهدرة هذا غاية ما يمكن في تصحيحه **فان قلت** ان التوكيل بالاستيهاب واخوانه ايضا غير صحيح وما ذكر المصنف من جواز التوكيل في جانب الملتمس بقوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فمحمول على التوكيل بالقبض بعد ما جرى الايجاب والقبول بينه وبين الملتمس فما له خص الاستقراض ببطلان التوكيل **قلت** لان الاستقراض معاوضة انتهاء فربما يتوهم ان التوكيل به جايز كالتوكيل بالبيع والشراء فنص على بطلان التوكيل به بخلاف الاستيهاب ونحوه لانعدام معنى المعاوضة فيه **قوله** فان دفع اليه جاز **فان قلت** ما الفرق بين هذا وبين الوكيل ببيع الصرف فان هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز **قلت** جواز الصرف يتعلق بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لا يجوز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز اما قبض ثمن السلعة فليس كالايجاب كذا في الشرح **فان قلت** القبض في الصرف شرط الصحة او البقاء عليها على اختلاف فيه فلا يكون كالايجاب والقبول اذ بهما يثبت اصل العقد وبه يثبت صحته او بقاؤه على الصحة والايجاب والقبول لا يمسان جانب الصحة او البقاء عليها بوجه فاين احدهما عن الاخر وايضا لو كان القبض كالايجاب والقبول لاشترط المجلس

لصحة القبض كما اشترط الايجاب والقبول وليس كذلك فانهما لو افترقا عن المجلس ثم تقابضا قبل افتراقهما ابدانا يصح **قلت** اما الجواب عن الاول فلان القبض في باب الصرف يتعلق به صحة العقد بمعنى ان انعقاد العقد في حق الحكم او بقائه على الانعقاد يتوقف عليه حتى اذا تفرقا قبل القبض بطل العقد ولا يفيد الملك وان تقابضا بعد ذلك لانه بيع الكالي بالكالي وهو باطل على ما ذكرنا في الصرف نقلا عن الكافي فكان القبض كالايجاب والقبول من حيث انه يتعلق به انعقاد العقد كما يتعلق ذلك بالايجاب والقبول في ساير المواضع وفي هذا الجواب نظر لما صرح به في الكافي في فصل الاستحقاق ان الصرف بالافتراق لا عن قبض يفسد ولا يبطل حتى يفيد الملك بعد القبض وهكذا ذكر في الذخيرة واما ما ذكر في الكافي في اخر كتاب الصلح ان بيع الدين باطل لا فاسد فقد ذكره عن بعض المشايخ في تخريج ابي يوسف ومحمد رح فيحتمل ان يكون ذلك قولهما خاصة او يقال بيع الدين ابتداء باطل اما بقاء فلا نسلم انه باطل والصرف انما يكون بيع الدين عندنا الافتراق لا عن قبض انتهاء واما عن الثاني فلان القبض ان كان له حكم الايجاب والقبول فهو ليس منهما حقيقة فجاز ان يكتفي فيه بالمجلس الحكمي وبعد القيام عن المجلس قبل تفرق ابدانهما المجلس باق حكما فيكتفى به للقبول الحكمي على ان القياس يقتضي ان يشترط المجلس لصحة القبض ايضا الا انا تركناه بالاثر كما مر في الصرف ثم قد يفرق بين التوكيل ببيع الصرف وغيره بان المستحق لله تعالى في بيع الصرف هو تقابض المتعاقدين لانه هو المراد بقوله يدا بيد وفي حديث قبضا بقبض فكل ما يفوت هذا المستحق فهو باطل ولا شك ان صحة قبض الموكل يفوته فلا يصح بخلاف القبض في البيع فانه غير مستحق الشرع بل مستحق لايصال حق الموكل فاذا وصل اليه حقه لا فائدة في مطالبته ثانيا وهذا اوضح مما ذكره الشارح وما ذكره الشارح من انه لا يصح قبض الموكل في الصرف فذلك اذا كان الموكل غايبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا يكتفي بقبضه لانه يجعل هو صارفا بنفسه حتى لو افترق الوكيل من غير قبض وقبض الموكل قبل الافتراق جاز **قوله** لم يكن للوكيل ان يطالب ثانيا وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا باع الوصي من مال الصبي فان المشتري من الوصي اذا دفع الثمن الى الصبي فللوصي ان يرجع على المشتري والوكيل لا يرجع على المشتري اذا ادى الثمن الى الموكل والفرق ان الوكيل انما ياخذ الثمن ليدفع الى الموكل فاذا اخذه الموكل بنفسه فقد حصل ما هو المقصود من اخذ الوكيل فلا فائدة في الرجوع على المشتري ثم الدفع الى الموكل

اما الوصي فلا يأخذ للدفع الى الصبي بل لحفظ ماله والتصرف فيه لاجله وهذا
المقصود لا يحصل الا بقبض الوصي فله ان يرجع على المشتري ليتمكن من الحفظ
والتصرف فيه **قوله** لما انه يملك الابراء عنه ولا يجوز الابراء عن الثمن
في قول ابي يوسف رح لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل ولهما
ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنعه الموكل
عن ذلك كذا في الكافي ويشكل بانه لو كان ابراؤه اسقاطا لحق القبض
فقط وجب ان لا يضمن الوكيل للموكل لانه في اسقاط حق القبض ليس بمتصرف
في حق الموكل لان حقه في الدين لا في القبض وايضا لو كان الابراء هو اسقاط
حق القبض لزم ان لا يفترق الايفاء والابراء وقد فرق في كتاب الرهن
بينهما بان الابراء اسقاط الدين حتى لو ابرأ المرتهن الراهن ثم هلك الرهن
في يده هلك مجانا والايفاء لا يسقط الدين بل يمنع المطالبة حتى لو هلك
الرهن بعد ايفاء الدين هلك بالدين وايضا ان الابراء عن الدين كما يصح
قبل ادائه يصح بعد ادائه حتى لو ادى الدين ثم ابرأه الداين عن الدين فعليه
رد ما استوفى الى من استوفى منه فلو كان الابراء هو اسقاط حق القبض
لما صح بعد الايفاء لسقوط حق القبض بعده الا ان يقال انه لم يرد تعريف
مطلق الابراء باسقاط حق القبض حتى يشكل بما ذكر بل اراد ان الابراء
من الوكيل هو اسقاط حق القبض لانه لا حق له الا في القبض كما ان ابراء
الكفيل عبارة عن اسقاط المطالبة عنه لانه ليس عليه في الصحيح الا المطالبة
واما ضمانه للموكل فلان الوكيل وان اسقط حق المطالبة التي كانت له
فذلك يتضمن اتلاف الدين في حق الموكل حيث سد له طريق التوصل اليه
اذ ليس له حق الطلب ومن كان له حقه فقد اسقط فتعذر له الوصول
الى حقه فيتضمن ذلك اتلافا لحق الموكل فيضمنه او نقول ان الوكيل لما اسقط
ماله من حق القبض وصار به متلفا للدين في حق الموكل حيث سد عليه
طريق الوصول الى دينه ضمن له الدين والمضمون لا بد وان يدخل في ملك
الضامن لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد فملك الوكيل الدين بالضرورة ولما
ملكه عمل ابراؤه في اسقاط الدين كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ادى الضمان
ولكن لقائل ان يقول الوكيل لو ملك الدين لملك بعد الابراء لانه هو السبب
للاتلاف الذي هو الموجب لملكه الدين فكان الابراء سابقا على الملك
والتصرف السابق على الملك لا ينفذ بعد ثبوت الملك كما لو باع ثم غصب
وادى الضمان بخلاف الغاصب اذا باع بعد الغصب ثم ادى الضمان لانه يملك مستندا الى وقت
الغصب فكان الملك سابقا على البيع فافترقا

باب الوكالة في البيع والشراء

قوله

قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته كالجودة والرداءة والسطة كذا في الحاشية
وفيه نظر لان الصفة بهذا المعنى لا يحتاج اليه صرح به في الكتاب بعيد هذا
حيث قال ولو بين الثمن او النوع ولم يبين الصفة كالجودة والرداءة والسطة
جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع
لهذا تصريح منه بان الجودة ونحوها لا تحتاج الى بيانها اذا لم يبين الثمن
وبان المراد بالصفة المذكورة في الكتاب النوع **قوله** فيمكنه الايتمار اشار الى ان
الايتمار انما يمكن اذا بين الجنس كالعبد والجارية والصفة اي النوع كالتركي
والحبشي وهذا مشكل حيث يصح الامر باعتاق مطلق الرقبة في الكفارة فلو
كان الايتمار يتوقف على بيان الجنس والصفة لم يصح الامر باعتاق مطلق الرقبة
ايضا وجوابه ان الامتثال في المطلق ممكن ولكن المطلق في التوكيل ليس يجري
على اطلاقه اذ المقصود دفع الحاجة وانها لا تندفع بالمطلق فلا يمكن اجراؤه
على الاطلاق فيكون مجملا فيما اريد منه والايتمار بالمجمل متعذر بخلاف اوامر
الشرع اذ المطلوب فيها الابتلاء وانه يحصل بايجاب مطلق الرقبة فيجري
على اطلاقه **قوله** مثاله اي مثال التوكيل بجنس يجمع انواعا اذا وكله بشراء عبد
او جارية لا يصح الى قوله ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة
باطلة للجهالة الفاحشة **قلت** سوى ههنا بين العبد والدار فجعل كلا
منهما كالجنس الذي يجمع انواعا وجعل جهالة كل منهما جهالة الجنس دون
الصفة وفرق بينهما في تسمية الصداق فجوز التسمية بالعبد دون الدار
فجعل جهالة العبد كجهالة الوصف دون الجنس وجعل جهالة الدار
كجهالة الجنس وفي الفرق نوع صعوبة ثم جعل العبد جنسا يشمل انواعا ليس
ليس باصطلاح الاصوليين اذ الجنس عندهم عبارة عن كثيرين مختلفين
غرضا كالانسان والنوع عبارة عن كلي مقول على كثيرين متفقين غرضا
كالرجل فلما كان الرجل عندهم نوعا لا جنسا فالعبد وهو اخص منه اولى بان
يكون نوعا لا جنسا وليس باصطلاح المنطقيين ايضا اذ الجنس عندهم
كلي مقول على كثيرين مختلفين في الماهية كالحيوان والنوع كلي مقول على كثيرين
متفقين في الماهية كالانسان فلما كان الانسان نوعا لا جنسا فالعبد
وهو اخص من الرجل الذي هو اخص من الانسان اولى بذلك نعم قد فسر
بعض الشارحين الجنس بالدال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع بالدال
على كثيرين مختلفين بالشخص وانه ايضا منظور فيه لانهم جعلوا التركي نوعا
للعبد مع انه دال على كثيرين مختلفين بالنوع اذ التركي يتناول الاسود
والابيض والاحمر والاصفر وليس الاختلاف بينهم بالشخص بل بالنوع

كلي مقول على

اذ التركى الاسود مثلا نوع من التركى لا شخص **قوله** لانه انتهى حكم الوكالة
ان اراد انه لا يبقى وكيلا بعد التسليم لا يجدى نفعا لانه ان لم يبق وكيلا
فالحقوق راجعة اليه بعد الا يرى انه لو استحق المبيع بعد التسليم تحق
الخصومة فى ذلك مع البايع للوكيل والرد بالعيب من الحقوق وان اراد
انه لا يبقى اليه شئ من حقوق الوكالة فغير مسلم لما ذكرنا فيجب ان يكون له
الرد وان كان فيه ابطال يد الوكيل كما يلزم فى الرد به قبل التسليم ابطال ملكه
وذلك ان ابطال حق الغير بلا رضاه ان كان لا يجوز قصدا فهو جايز فى ضمن
التصرف فى حقه **قوله** ولان فيه ابطال يد الحقيقية ولقائل ان يقول
كما ان فى الرد بعد التسليم ابطال يد الحقيقية ففى الرد قبل التسليم ابطال
ملكه الحقيقى فان الملك يثبت للموكل بعد التسليم اليه وكما ان ابطال
اليد لا يصح الا برضاه فكذا ابطال الملك وجوابه ان الوكيل بالشرى
اذا اطلع على العيب قبل التسليم الى الموكل ولم يرد الى البايع بل يسلمه
الى الموكل اذ الظاهر ان الموكل اذا اطلع على ذلك العيب يرده الى الوكيل
فيلزمه المبيع المعيب لانه لا يمكن من الرد على البايع اذ التسليم الى الموكل
بعد الاطلاع على العيب رضاء بالعيب منه فلدفع هذا الضرر عن نفسه
جعلنا له حق الرد وان كان فيه ابطال ملك الموكل فاما اذا اطلع على العيب
بعد التسليم فانه لو لم يرد ورد الوكيل عليه كان له ان يرده على بايعه
حيث لم يوجد منه دلالة الرضاء فلا يتضرر فيكون ابطالا ليده من غير
تضمين دفع الضرر عن نفسه وانه لا يجوز **قوله** فان الوكيل ببيع طعاما
فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز يعنى ان السلم بيع الطعام
فى ذمة العاقد والطعام الثابت فى الذمة كالعين المملوك اقامة للاجل
مقام وجوده لانه سبب لاكتسابه وبيع الطعام المملوك الموجود حقيقة
على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذا بيع الطعام الموجود المملوك حكما على ان
يكون ثمنه لغيره فالتوكيل بقبول السلم كالتوكيل ببيع عبد الوكيل على ان يكون
الثمن لغيره وهذا توكيل فاسد فكذا التوكيل ببيع طعام فى الذمة على ان يكون
الثمن لغيره لانه اصيل فيه ومن كان اصيلا فى تصرف لا يصلح ان يكون وكيلا
فيه ولقائل ان يقول ان راس المال فى السلم جعل فى حكم المبيع والمسلم فيه
فى حكم الثمن حتى لا يجوز التصرف فى راس المال قبل القبض كما لا يجوز فى المبيع
ولو كان فى حكم الثمن لجاز التصرف فيه قبل قبضه قال الشارح وهذا لان
لانه انما يعتبر امره فيما لا يملكه المامور بدون امره وهو فى قبول السلم
يستغنى عن امر الغير وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل

فان قلت

فان قلت التوكيل بالشرى جايز مع ان الوكيل يملك الشرى بدون الامر
اجيب بان شرى الوكيل يوجب الثمن فى ذمة الموكل على ما صرح به الشارح
فى بعض المواضع فيكون شراؤه تصرفا فى ذمة الموكل والتصرف فى ذمته
لا يملك الا بالامر بخلاف قبول السلم فانه يوجب المسلم فيه فى ذمة العاقد
لانه عرف جوازه بخلاف القياس بالنص ولم يعرف الا بان يكون موجبا
للمسلم فيه فى ذمة العاقد فيكون التوكيل به امرا ببيع الطعام فى ذمته
اى ذمة الوكيل فلا يصح لانه يملك بيعه فى ذمته بدون الامر ولئن كان
شرى الوكيل يوجب الثمن فى ذمة الوكيل دون الموكل كما هو المشار اليه
فى بعض المواضع فنقول انما يجوز التوكيل بالشرى على خلاف القياس للحاجة
اليه ثم فى الشرح **فان قلت** فقد يجوز التوكيل بشئ فى ذمة الوكيل كما فى الوكيل
بالشرى فان الوكيل هو المطالب بالثمن فلم لا يجوز توكيل المسلم اليه غيره
بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه والجامع معنى الدينية
فان المسلم فيه دين كالثمن **قلت** المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لم يجز
الاستبدال به وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من جواز التوكيل بالثمن الذى
هو كالتبع فى البياعات جواز التوكيل بقبول المبيع الذى هو الاصل من كل وجه
الى هنا لفظه **فان قلت** فما وجه التوكيل بعقد الصرف فانه جايز مع انه
توكيل بقبول المبيع فى ذمته لان البدلين فى الصرف مبيع **اجيب** بان
بدل الصرف ان كان يثبت دينا فى الذمة فهو يتعين بالقبض فى المجلس وهذا
التعيين يعتبر تعينا فى حالة العقد لئلا يلزم بيع الكالى بالكالى فيكون
كبيع العين بالعين والعين المبيع فى ملك الموكل فلا يلزم بيع شئ فى ذمته
على ان يكون الثمن لغيره او نقول الشرى فى عقد الصرف اصل لان
الثمنية فى الدراهم والدنانير هو الاصل والعبرة للاصل وانما جعل مبيعا
ضرورة ان البيع لا بد له من المبيع ولهذا لا يتحمل فى الصرف الغبن الفاحش
بالاتفاق ولو كان بيعا على وجه الاصالة لكان على الاختلاف بين
ابى حنيفة وصاحبيه فيكون هذا توكيلا بشراء شئ بثمن يجب فى ذمة العاقد
وهو جايز ثم ذكر الشارح نقلا عن الذخيرة ان التوكيل بقبول السلم
توكيل بما لا يملك الموكل بنفسه بقضية الاصل لان قبول السلم بيع ما ليس
عند الانسان وهو لا يمكنه بنفسه ولكنا عرفناه بالنص ان النبى عليه السلام
رخص فى السلم والرخصة فى بيع ما ليس عند الانسان لا فى الامر ببيع ما ليس
عنده بخلاف الشراء فانه يصح وان لم يكن الثمن فى ملكه لان الشرى بما
ليس عند الانسان جايز على موافقة القياس فكان الامر به ايضا جايزا

على موافقة القياس الى هنا لفظه وفيه نظر لان هذا يقتضى ان لا يصح التوكيل من جانب رب السلم ايضا لانه توكيل بشرى المعدوم والموكل لا يملكه بقضية الاصل فينبغى ان لا يملك التوكيل به ايضا والمسئلة بخلافه ولو اعتبر السلم من جانب رب السلم بيع رأس المال بما فى ذمة المسلم اليه فليعتبر ذلك شراء رأس المال بما فى الذمة فى حق المسلم اليه وايضا التوكيل بالنكاح جايز بالاجماع مع ان الانسان لا يملكه بقضية الاصل لما عرف ان الاصل فى النكاح الحظر لما فيه من استفراش حرة مكرمة بتكريم الله تعالى لكنه جوز ضرورة الحاجة اليه لبقاء العالم الى يوم التناد وكذا التوكيل بالطلاق جايز مع ان الزوج لا يملكه بقضية الاصل لما فيه من قطع النكاح الذى نيط به مصالح الدارين لكنا جوزناه لمساس الحاجة الى الخلاص عن سوء معاشرتها وكذا التوكيل بالبيع بشرط الخيار جايز مع الموكل لا يملكه بقضية الاصل كما عرف فعلم ان كون التصرف مما يملكه المرء بقضية الاصل ليس بشرط لصحة التوكيل به قوله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد قلت هذا اذا كان الموكل غايبا عن المجلس اما اذا كان حاضرا فجعل هو صارفا يعتبر مفارقته دون الوكيل لان حقوق عقد الصرف والسلم يرجع الى الموكل لما ان الوكيل فيهما بمنزلة الوكيل فى الهبة والقرض اذ الحكم فيهما يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير كذا فى الشاهان وفيه نظر لان الشرط فى السلم لاجل ان يقع العقد عن الموكل هو نفس القبض لا القبض الملاقى لمملوك الغير لجواز ان ينقد الوكيل من ماله فيلاقى قبض المسلم اليه محلا مملوكا للعاقد فصح ان يجعل اصيلا فى العقد لان رأس المال يلاقى مملوكه وقبض المسلم فيه وان كان يلاقى مملوك الغير فقبضه ليس بشرط لصحة العقد وثبوت الملك بخلاف الهبة والقرض فان العقد فيهما لا ينفذ على الموكل لانه يقبض مال الغير فلا يحتمل ان يجعل اصيلا على انه قد ذكر فى الخزانة اذا عقد الوكيل السلم ثم امر الموكل باداء رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان تسليم رأس المال من حقوق العقد والوكيل فى حقوق العقد كانه عاقد لنفسه ولو عقد لنفسه ثم فارق المسلم اليه قبل تسليم رأس المال لا يجوز السلم كذا هنا وذكر فى المبسوط فى باب الوكالة فى الصرف والسلم ما يشير الى ان حقوق عقد الصرف والسلم يرجع الى الوكيل حيث قال وفى حكم التقابض المعتبر بقاء العاقدين فى المجلس وغيبة الموكل لا يضر وهذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد لنفسه وكذا ان كان

ممن

من لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه عليه المطالبة ففى حكم التقابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به الحقوق هذا لفظه ووجه الاشارة ظاهر وقد نص عليه فى المحيط حيث قال واذا ثبت ان التوكيل بالسلم جايز فالوكيل هو الذى يطالب بتسليم المسلم فيه عند محل الاجل وهو الذى يسلم رأس المال لانه العاقد وحقوق العقد يرجع الى العاقد عند علمائنا الثلثة رحمهم الله هذا لفظه وايضا قول المصنف ولا يعتبر مفارقة الموكل انما يتصور اذا كان الموكل حاضرا وقت العقد اذ لا معنى لمفارقته اذا كان غايبا حينئذ فليتأمل قوله اذا دفع الوكيل بالشرى قلت التقييد بالدفع اتفاقى اذ له ولاية الرجوع قبل الدفع ايضا كما مر فى الكفالة وذكر فى المبسوط ان للوكيل ان يحبس المبيع من الموكل حتى يستوفى الثمن سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البايع او لم يدفع وهذا ايضا يشير الى ان له ولاية الرجوع قبل الدفع لان ولاية الحبس يبنى عن ولاية الرجوع وبه صرح فى الذخيرة حيث قال وللوكيل بالشراء ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤدى الثمن من مال نفسه لان رجوع الوكيل على الموكل بحكم بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل كان الوكيل اشتراه لنفسه ثم باعه من الموكل ولو كان هكذا كان للوكيل ان يرجع على موكله وان لم يرجع البايع على الوكيل فكذا هنا هذا كلامه قوله مبادلة حكمية اى مبادلة حكما لا حقيقة وقوله وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل تفسير للمبادلة الحكمية اى لما سلم المشترى للموكل من قبل الوكيل صار الوكيل كالبايع من الموكل فانعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا مشكل لانه لو انعقدت بينهما مبادلة حكمية لما صح التوكيل بشراء ما لا يجوز شراؤه للموكل كتوكيل المسلم الذمى لشراء خمر او خنزير وتوكيل المحرم الحلال بشراء الصيد لانه لو اشترى الذمى خمرا او خنزيرا ثم باع من المسلم لا يجوز فكذا اذا توكل من المسلم بشرائهما حيث يصير فى الحكم كانه اشترى خمرا او خنزيرا ثم باعهما من مسلم الحاقا للشبهة بالحقيقة قوله ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرده الموكل بالعيب على الوكيل وقد يشكل للفرق بين الرد بالعيب وبينما اذا استحقت الجارية من الموكل وقد استولدها فانه يصير مغرورا من البايع لا من وكيله حتى يرجع بالثمن وقيمة الولد على البايع والوكيل هو الذى يلى الخصومة فى ذلك مع البايع لان الموكل كالمشترى بنفسه من البايع من وجه ومن الوكيل من وجه فمن حيث انه كالمشترى من البايع يستحق الضمان فى ذمة البايع لا فى ذمة الوكيل

ومن حيث انه كالمشتري من الوكيل يكون الطالب بايفاء ذلك هو الوكيل
توفيرا على الامرين حظهما بالقدر الممكن كذا في الذخيرة في كتاب الغرور
فكما وفر على الامرين حظهما في حكم الغرور ومن هذا الوجه وجب ان يوفر
في العيب ايضا بان يكون الرد بالعيب على البايع والوكيل هو الذي يلي الخصومة
والا فلا فرق وايضا التحالف بعد القبض على خلاف القياس بالنص
والنص قد ورد في التبايع الحقيقي قال عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا وقد اريد به حقيقة التبايع فسقط
الحكمي عن الارادة والثابت بخلاف القياس يقتصر على مورده الا
الا ان يكون غيره مثله من كل وجه فح يلحق به دلالة والحكمي مع الحقيقي
لا يتماثلان من كل وجه فبناء التحالف قبل القبض وبعده كما يشعر به
اطلاق المصنف على المبادلة الحكمية مشكل قوله ولان الحقوق لما كانت
اليه وقد علمه الموكل فان قيل رجوع الحقوق مختلف فيه فيكون معذورا
بهذا الجهل قلنا المقصود من الوكيل عادة الاستعانة وذلك برجوع
الحقوق اليه كذا في الحاشية وفيه نظر لان الاستعانة تحصل بصحة
التسليم والتسلم من الوكيل ولا حاجة فيها الى رجوع الحقوق اليه على معنى انه
ان امتنع يجبر فلا يكون كونه استعانة دليلا على علمه برجوع الحقوق
اليه الا يرى ان معنى الاستعانة المقصودة من التوكيل تحصل اذا
كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد مع عدم رجوع الحقوق اليه
فعلم ان تحقق معنى الاستعانة لا يحتاج الى رجوع الحقوق اليه فالاوجه
ان يقال ان الاصل في المسائل المجتهدة هو العلم بها ما لم يقم الدليل على الجهل
يحكم بالعلم ثم لو ثبت الجهل وجب ان يكون معذورا ولا يكون له ولاية
الرجوع الا ان الدليل الاول الذي ذكره المصنف يقتضي الرجوع مطلقا
فقلنا بالرجوع عند الجهل ايضا قوله فيكون راضيا بدفعه من ماله
فكانه امره به فيرجع عليه لا يقال لو كان الرجوع باعتبار الامر لا يرجع
قبل الاداء كالمامور باداء الدين لانا نقول هنا دليل على ثبوت ولاية
الرجوع له بعد الدفع اما قبله فبالدليل الاول فان قلت الوكيل بالشرى
يقضي دينه لا دين الموكل اذ الثمن يجب في ذمة الوكيل دون الموكل ففي الذخيرة
ان شرى الوكيل يوجب دينين دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل
فلا تأثير لرضا الموكل في ولاية الرجوع قلت قد ذكر في الكافي في اول
الكفالة ان الثمن يجب في ذمة الموكل والمطالبة على الوكيل الا يرى ان
البايع لو ابرأ الموكل عن الثمن صح وهكذا ذكر الشارح وغيره ثمه

فلعل

فلعل في المسئلة روايتين وهذا الدليل بناء على احديهما قوله قلنا هذا
مما لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس ويشكل بما
اذا وكل رجل عبدا ليشتري له نفسه من مولاه فاشترى له نفسه من سيده
فهو للامر ولو اراد البايع ان يحبس العبد حتى ياخذ الثمن لم يكن له ذلك
لان العبد في يد نفسه والمبيع اذا كان في يد الوكيل بالشرى حاضرا في مجلس
الشرى لا يكون للبايع حق الحبس لانه بالعقد يصير مخليا بين المبيع والمشتري
وصار قابضا بنفس الشرى وصار كالوديعة اذا اشتراها المودع لنفسه
او لغيره والوديعة حاضرة في مجلس البيع فانه لا يكون لرب الوديعة حبسها
بالثمن كذا في الكافي ولا يخفى ان التخلية التي تحصل بنفس الشرى مما
لا يمكن التحرز عنه ومع ذلك يسقط به حق الحبس وجوابه ان التخلية
بين المبيع والمشتري مما يمكن التحرز عنه في الجملة وان كان لا يمكن في هذه
الصورة باتفاق الحال بخلاف الاحتراز عن وقوع المبيع في يد الموكل
عند قبض الوكيل فانه لا يمكن الاحتراز عنه في شيء من الصور فكان من الضروريات
قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا واعترض بانه ينبغي ان يهلك مضمونا
حبس او لم يحبس اذ الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري والمبيع يهلك
مضمونا على البايع حبس او لا والجواب اما على طريق ان يقع قبضه للموكل
ثم بالحبس يصير مستردا فظاهر لانه قبل الحبس في قبض الموكل وهو كالمشتري
من الوكيل والمبيع اذا كان في يد المشتري لا يكون مضمونا على البايع بمعنى سقوط
الثمن بخلاف المبيع في يد البايع فانه قبل الحبس في قبض البايع فيهلك مضمونا
عليه وان لم يحبسه واما على طريق ان يقع قبض الوكيل موقوفا فكذلك
لانه عند الهلاك قبل الحبس يجعل قبضه للموكل حتى يجب ضمان الثمن عليه
وهذا لانه انما يجعل قبضه موقوفا لتوهم حبسه فاذا لم يبق حبسه ممكنا
جعلناه بلا امر فيكون هلاكه في قبض المشتري وهو لا يوجب الضمان على البايع
ولو سلم ان قبضه لا يقع للموكل عند الهلاك فهو لا يقع للوكيل ايضا فلا يكون
مضمونا عليه والحاصل ان المبيع انما يكون مضمونا عليه بمعنى سقوط الثمن
اذا كان المبيع في قبضه وهو لا يكون في قبض الوكيل الا بالحبس لانه قبل الحبس
في قبض الموكل او حاله موقوف فلا يضمن الا بالحبس بخلاف البايع فان المبيع
يكون في قبضه حتى يسلمه الى المشتري حبس او لم يحبس فيهلك مضمونا عليه
وان لم يحبسه وقد اجيب بان الوكيل بايع في حق الحقوق ورسول في حق
الملك وفعل الرسول كفعل المرسل فمن حيث انه بايع يهلك مضمونا اذا
حبسه ومن حيث انه رسول يهلك امانة اذا هلك قبل الحبس توفيرا على الشبهين

حظهما

قوله ارطال لحم الرطل بفتح الراء وكسرها نصف من قوله لم يذكر الخلاف
في الاصل فقال لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور
قوله لان الزيادة هنا بدل ملك الموكل فيكون له واعترض في الحاشية
بان هذا يتاتى في اللحم ايضا فانه بدل ملكه وجوابه ان الدرهم كله لا يجب
على الموكل حتى يكون اللحم بدل الدرهم الذي في ملك الموكل بل نصف الدرهم
يجب في ذمة الوكيل ثم حاصل الفرق بين التوكيل بشرى اللحم والتوكيل
ببيع العبد ان المقصود في الاول شراء عشرة ارطال من اللحم دون
صرف الدرهم كله غير انه عين الدرهم ثمنا ظنا منه انه لا يوجد هذا المقدار
من اللحم الا بدرهم فلما اشترى عشرين ارطالا بدرهم لم يكن راضيا
بالزيادة فيكون للوكيل بخلاف مسئلة العبد اذ المقصود هو بيع العبد
الا انه عين الالف ثمنا كيلا يبيعه باقل منه فلما باع بالفين كان راضيا
به قوله لانه يودي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه واعترض هنا
بوجوه الاول ان الوكيل بنكاح امراة بعينها اذا نكحها بمثل المامور به يصح النكاح
من الوكيل وفيه تغرير الامر والثاني ان الثمن لو كان مسمى فاشترى الوكيل
بخلاف جنسه او لم يكن مسمى لانه اشتراه بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه
فاشترى الثاني عند غيبة الاول يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
مع ان فيه تغرير الامر والثالث ان التغرير حرام والحرمة للغير لا يمنع
جواز البيع قلت اما الجواب عن الاول فلان التغرير حرام فوجب
فوجب الاحتراز عنه والحمل على الصلاح ما امكن والوكيل بالشراء اذا
اشترى لنفسه ولم يخالف الامر بوجه يجعل شراؤه للموكل باثبات
الملك له دفعا للغرور عنه وقد امكن ذلك لان حكم الشرى مما يحتمل
الفصل عن السبب كما مر بخلاف النكاح فانه من الاسقاطات وهي لا تحتمل
الفصل عن اسبابها فالوكيل بنكاح امراة بعينها اذا نكحها لنفسه يصح
النكاح منه لتعذر جعله للموكل اذ لو جعل له يلزم فصله عن السبب
فيتحمل الغرور ضرورة انه لا سبيل الى دفعه بخلاف ما اذا خالف الامر
حيث لا يمكن دفع الغرور ايضا بالزام العقد على الامر لانه لم يرض بهذا
العقد وبالجملة انه متى امكن دفع الغرور ينفذ العقد على الامر والا
فعلى الوكيل واما عن الثالث فظاهر لانا لا نحكم هنا بفساد العقد دفعا
للغرور بل بوقوعه للامر دفعا للغرور وهذا ليس من الفساد في شيء
وذكر في الذخيرة الفرق بين الوكيل بشراء عبد معين والوكيل بنكاح امراة
بعينها ان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح

يضيف

يضيف النكاح الى موكله فيقول تزوجتك لفلان فاذا قال تزوجتك فلم يات
بالنكاح المامور به لا الشراء المضاف الى الموكل وقد اتى بذلك والوكيل
اذا اتى بما دخل تحت الوكالة يقع لموكله هذا كلامه وقد يشكل بان الشراء
المطلق ان كان داخلا تحت الوكالة فالشراء مع الاضافة الى الوكيل غير داخل
فيه والكلام في الشرى الذي يضيفه الوكيل الى نفسه بان يقول الوكيل بشراء
شيء بعينه اشتريته لنفسي وجوابه ان الشرى المضاف الى الوكيل كالمطلق
لوجوب الغاء الاضافة دفعا للغرور والمطلق يقع عن الموكل فكذا المضاف
الذي الغيت الاضافة فيه لدفع الغرور ولا يمكن الغاء الاضافة الى نفسه
في النكاح لانه بعد الالغاء يصير مطلقا عن الاضافة والنكاح المطلق
عنها لا يقع عن الموكل بل لا بد من الاضافة اليه فلا يفيد الغاء الاضافة
فيه فائدة دفع الغرور فيبقى معتبرا والمضاف ليس بداخل تحت التوكيل
فيقع عن الوكيل ضرورة قوله ولانه فيه عزل نفسه الخ وفيه بحث
اما اولا فلانه عزل حكمي وعزل الموكل وكيله بالعزل الحكمي بان باع عبدا وكله
ببيعه لا يتوقف على الوكيل بخلاف العزل القصدي فكذا عزل نفسه اذا كان
حكميا بان اشترى لنفسه ما وكل بشرائه للموكل يجب ان لا يتوقف على علم الموكل
واما ثانيا فلان شراءه لنفسه بخلاف جنس الثمن الذي سماه الموكل
او بالعروض ايضا عزل لنفسه مع ان ذلك يقع عن الوكيل والجواب
اما عن الاول فلان العزل الحكمي انما ينفذ بغير محضر من الاخر لانه لا يقبل
الرد وعزل الوكيل نفسه في ضمن شراء شيء وكل به لنفسه عزل يحتمل الرد
بان يجعل شراؤه هذا لموكله فيعتبر عزلا قصديا كما صرح به في الذخيرة
في كتاب الحيل حتى لو لم يمكن جعله للموكل بان اشترى ذلك الشيء لنفسه
بالعرض او بجنس اخر من الثمن الذي عينه الموكل اما بالزيادة عليه وقع
عن الوكيل وينعزل عن الوكالة بغير علم من الموكل لانه عزل لا مرد له
وبهذا خرج الجواب عن الثاني نعم لا وجه لانعزاله عن الوكالة بشرائه
لنفسه سوى ما ذكروا من انه حينئذ لا يملك الشراء للموكل من حيث ان
الوكيل بالشرى لا يملك شرى عبده للموكل وذلك مشكل اذ يمكن للوكيل
ان يشتري هذا العبد من بايعه ثانيا للموكل ويتضمن ذلك فسخ البيع
الاول الا يرى ان الوكيل بشراء عبد بغير عينه اذا اشترى عبدا فاختلفا
فقال الموكل اشتريته لنفسك وقال الوكيل اشتريته لك والعبد حي
فالقول للوكيل عند ابي يوسف ومحمد وعللوه بانه يملك استيناف الشراء
للموكل بان يشتريه ثانيا من البايع فيتضمن ذلك فسخ البيع الاول وجوابه

ان ما ذكر من انه يملك استينافه بالوجه المذكور فذلك تخريج ابي يوسف
ومحمد رح واما على تخريج ابي حنيفة فغير مسلم كيف والوكيل لا يستبد بالتزوج
ثانيا فكيف يعتبر ما لكه الانشاء فيحمل قوله ولان فيه عزل نفسه والوجه
الذي ذكروا في انعزاله على تخريج ابي حنيفة رح **قوله** ولا يملكه على ما قيل
الا بمحضر من الموكل هذا اشارة الى اختلافهم في اشتراط حضور الموكل
لصحة العزل وذكر المصنف رح في باب الوصي فرقا بين الوصي والوكيل
فقال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجهه وردها في غير وجهه
فليس برد بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه او ببيع ماله حيث يصح رده
في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه قادر على التصرف الى هنا كلامه
وقال الشارح هناك هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب
من الذخيرة والتتمة والقاضي الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام
المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل
نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل
لا يخرج عن الوكالة ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان في الوكيل بشراء شيء
بعينه اذا اخرج نفسه لا يملك الا بمحضر من الموكل ثم العجب من الامام
قاضيخان انه ذكر في الجامع الصغير مع هذا ما يوافق رواية الهداية
فقال الفرق بين هذا اي بين الوصي وبين ما لو وكل رجلا فرده الوكيل
يصح رده سواء رد في وجه الموكل او في غير وجهه لان في الوكالة
الموكل قادر على التصرف بنفسه فلو صح الرد لا يتضرر به الموكل ولا يصير
مغرورا والله اعلم بصحته تم كلامه **قلت** لما كان في اشتراط حضور الموكل
لصحة العزل اختلاف الروايات فلا عجب ولا اشكال **قوله** فاشترى
بخلاف جنسه بان كان امره بالشرى بالف درهم فاشترى بمائة دينار
او بالعكس جعل محمد رح الدراهم والدنانير في هذه المسئلة جنسين مختلفين
وكذا في مسئلة الشهادة حتى ان احد الشاهدين اذا شهد بالدراهم
والاخر بالدنانير او شهدا بالدراهم والمدعي يدعي الدينار او بالعكس
لا يقبل الشهادة وكذا في باب الاجارة حتى ان من استاجر من اخر دارا
بدراهم واجرها من غيره بدنانير او على العكس وقيمة الثاني اكثر من الاول
يطيب له الزيادة وقد اعتبرتا جنسا واحدا في تكميل نصاب احدهما بالاخر
وفي باب الاكراه فان المكره على البيع بالدراهم لو باع بالدنانير او على العكس
كان بيعه مكرها وصاحب الدراهم لو ظفر بدنانير من عليه كان له ان ياخذها
بجنس حقه كما لو ظفر بدراهم الا رواية شاذة عن محمد رح واذا باع شيئا

بالدراهم

بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن او على العكس والثاني اقل قيمة
من الاول كان البيع فاسدا استحسانا **قوله** ولو اشترى الثاني بحضرة
الاول نفذ على الموكل لانه حضره رايه وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق
اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط
لوقوع الطلاق فلا يقع دونه وهذا من قبيل الاثباتات فلا يقبل التعليق
كذا في بعض الشروح واعترض عليه بان التوكيل بالطلاق يرتد برد الوكيل
ويصح عزل الوكيل عنه فلو كان بمنزلة التعليق بعبارته لما صح العزل من الموكل
ولا الرد من الوكيل وبانه لو وكل وكيلين بالطلاق فطلق احدهما صح فلو كان
هذا التوكيل تعليقا للطلاق بعبارتهما لما صح الطلاق من احدهما لفقد
شرطه وهو عبارتهما والجواب ان التوكيل في الحقيقة انابة واستعانة
وفيه معنى التعليق ايضا فمن حيث انه انابة واستعانة قلنا بانه يصح عزل الموكل
ورد الوكيل اذ الموكل ربما يستغني عما وكل به وجواز التوكيل لدفع الضرر
فيعود الامر الى موضوعه بالنقض وكذا الوكيل يتضرر بعدم صحة الرد على ما لا يخفى
ومن حيث انه تعليق قلنا لا يصح طلاق غيره وان كان بمحضر منه عملا بالاعتبارين
فالاعتراض انما يتوجه ان لو كان التوكيل تعليقا محضا وليس كذلك الا يرى
ان التوكيل بما لا يحتمل التعليق صحيح ولو كان تعليقا محضا لما صح وذكر الشارح
نقلا عن الذخيرة ان الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لان العمل بحقيقة
الوكالة متعذر لان التوكيل تفويض للراي الى الراي وجعله بمنزلة المالك
وتفويض الراي انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراي والطلاق والعتاق
المفردان لا يحتاج فيهما الى الراي فتعذر العمل بما يقتضيه حقيقة الوكالة
فجعلناها مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول لا ينقل
عبارة المرسل فصار مامورا بنقل عبارة الامر لا بشيء اخر وتوكيل الاخر
والاجارة ليس من النقل في شيء فلذلك لم يملك التوكيل بخلاف البيع ونحوه
فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه مما يحتاج فيه الى الراي فاعتبروا المامور
وكيلا والوكيل كالمالك من حيث ان الراي مفوض اليه والمالك كان يملك
مباشرة البيع والاجارة فكذا الوكيل الى هنا لفظه **وفيه نظر** لان الوكالة
في الطلاق والعتاق المفردين لو كانت رسالة في الحقيقة لزم على الوكيل
بهما ان يقول فلان ارسلني اليك وقال لي اعتقتك او طلقتك كما يقول
في البيع ان فلانا ارسلني اليك وقال اني بعت منك هذا العبد فيلزم ح
ان يكون الوكيل في الطلاق والعتاق مخبرا عن طلاق وعتاق اوقعهما
الموكل وان يقع الطلاق والعتاق قبل اخباره لاستبداد الزوج والمولى

بابقاعهما وايضا التوكيل عبارة عن تمليك التصرف الذى يملكه الموكل
احتاج ذلك التصرف الى الراى اولا اليه اشار المصنف فى غير موضع
وذلك ان الوكالة شرعت للحاجة وهى قد تمس فيما لا يحتاج الى الراى
ايضا والجواب ان معنى الرسالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق بمفردين
غالب من حيث ان الحقوق راجعة الى الموكل كما فى الرسالة وانه ليس فيه
تفويض الراى كما لا يكون ذلك فى الرسالة فلغلبة معنى الرسالة فيه صار
كانه مجاز عن الرسالة ولكنه ليس برسالة حقيقة حتى يلزم على الوكيل
ان يقول مثل ما يقوله الرسول فيكون اخبارا عن طلاق وعتاق وقعهما
الموكل لا انشاء لهما ولما كان معنى الرسالة فيها غالبا قلنا بانه لو وكل
وكيلا وطلق وعتق بمحضر منه لا يصح ذلك كما لا يصح ذلك فى الرسالة
وهذا هو مطلوب لذخيرة والله اعلم قوله لان فيه اى فيما اذا نقد
من مال الموكل واضافه الى مطلق الدراهم تفصيلا وخلافا وهنا اى
قوله يشتريه بمال الموكل بالاجماع ومطلق لا تفصيل فيه فيجب ان يحمل
على صورة الاضافة التى هى المجمع عليها ولا تفصيل فيها قوله هذا وقوله
هو عبارة عن قوله يشتريه بمال الموكل ويمكن ان يكون قوله وهذا
اشارة الى ما اضيف الى مال الموكل وقوله وهو اشارة الى قوله يشتريه
بمال الموكل يعنى لان فى النقد تفصيلا وخلافا وصورة الاضافة مجمع عليها
وقوله او يشتريه بمال الموكل مطلق محتمل الاضافة فيحمل عليها لانه ذكر
بلا خلاف فيحمل على ما لا خلاف فيه وهو الاضافة قوله حملا لحاله
على ما يحل له شرعا او يفعله عادة قلت كلا التعليلين للمسئلة الاولى
دون الثانية اما الاولى فلان الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
حرام اما الشراء لغيره باضافة العقد الى دراهم نفسه فليس بحرام اما الثانى
فلانه وان كان يصلح تعليلا للثانية لان العادة جرت بان الشراء
اذا كان مضافا الى دراهم نفسه يكون لصاحب الدراهم الا ان المصنف
جعله تعليلا على المسئلة الاولى حيث قال اذ الشراء لنفسه باضافة العقد
الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وذكر فى الشاهان قوله حملا تعليل
للمسئلة الاولى وقوله او يفعله عادة للثانية ويجوز ان يكون تعليلات
للمسئلة الاولى والحكم فى الثانية بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له
ان يشترى لنفسه ويضيف الثمن الى دراهم غيره فكذا لا يحل ان يشترى
لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه اما العادة فجارية على انه لا يشترى لغيره
ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس هذا كلامه وفيه نظر اما اولا

فلماذكرنا

فلما ذكرنا ان الشرى لغيره باضافة العقد الى دراهم نفسه ليس بحرام صرح
صرح بذلك فى حاشية الكبير فلا يمكن ان يثبت الحكم فى المسئلة الثانية
بدلالة التعليل الاول الا ان يقال الشراء لغيره مع اضافة العقد
الى مال نفسه ان كان لا يحرم عند التصريح بانه يشتريه لغيره لكنه ينبغى
ان يحرم ذلك عند اطلاق العقد وعدم اضافته الى الغير صريحا وذلك
ان العقد المضاف الى دراهم العاقد لا يكون الا لنفسه عادة والمعتاد
كالمشروط ولو شرط الشراء لنفسه بان قال اشتريت لنفسى لم يحل له
بعد ذلك الزام هذا العقد على غيره لما فيه من الاضرار بالبايع فانه
ربما يرضى بالبيع على ان يكون العاقد هو الاصيل فيه ولا يرضى به
على ان يكون هو وكيلا عن غيره لمصلحة دعت اليه فمتى اضاف الشراء
الى مال نفسه باع المال منه معتمدا على انه يشتريه لنفسه فلو ظهر بعد ذلك
انه اشتراه لغيره تضرر به البايع فلا يحل للمشترى ذلك فالظاهر
هو الاجتناب عما لا يحل فيكون العقد للمامور دون الامر واما ثانيا
فلما ذكرنا ان قول المصنف اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
مستنكر شرعا وعرفا يابى ان يجعل قوله او يفعله دليلا على الثانية
وان كان هو يصلح دليلا عليها بقطع النظر عن تعليل المصنف بقوله اذ الشراء
الى اخره قوله مستنكر شرعا حيث ينتفع به من حيث تقدير الثمن به
وفى الشرح لانه يصير غاصبا لدراهم الامر وفيه نظر اذ الغصب لا يتحقق
الا بازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وهذا النوع من الانتفاع
لا يوجب ازالة اليد فلا يكون غصبا كالانتفاع بنار غيره بالاصطلاء
وظل غيره بالاستظلال ومثله ليس بغصب قوله وهو الرجوع اى
وغرضه الرجوع او سبب الرجوع وهو العقد وفى بعض النسخ وهو يهدا
بريد الرجوع وهذا اظهر قوله لانه موضع تهمة وذلك ان الظاهر
ان يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره فبحكم هذا الظاهر تهم بانه
اشتراه لنفسه ثم اذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر فان قلت
ان اشترى بمثل القيمة فلا تهمة لان الصفقة ليست بخاسرة وان
اشترى بزيادة لا يتغابن الناس فيه فلا خلاف فى ان هذا الشراء
يقع للوكيل قلت جاز ان لا يكون الصفقة خاسرة فى الحقيقة ولكن
العاقد يظنها فى ان هذا الشراء يقع للوكيل خاسرة فيلزمها الامر بناء
على زعمه فان قلت لا تهمة لانه يملك الاستيناف كما قالا اجيب
بمنع ذلك عند ابى حنيفة لان الاستيناف لا يمكن الا بشرائه ثانيا

من البايع لتضمنه فسخ البيع وربما لا يتفق ذلك بان غاب البايع او لم يرض
بالبيع ثانيا ونسخ البيع الاول قوله ثم اختلفا ان فسر الاختلاف بان يقول
الامر اشتريته لنفسك وقال المامور اشتريته لك فلا وجه اليه لان الوكيل
بشراء شئ بعينه لو اشترى لنفسه يقع عن الامر كما مر فاذا اتفقا على الشراء
لم يكن لهذا الاختلاف معنى لانه واقع للامر فى الحالين وان فسر الاختلاف
بالاختلاف فى اصل الشرى بان قال الامر لم تشتر لى وقال المامور اشتريت
فله وجه ولكن قوله ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراه لنفسه
بانا نقول انه ان كان لا يملك شراه لنفسه فقد جاز ان لا يشتريه للامر وقد فرض
الاختلاف بينهما فى نفس الشرى هل كان ام لا لا فى الشرى للامر او للمامور
قوله والعبد حى فان قيل ما الفائدة فى قوله والعبد حى والمسئلة فى العبد
المعين وفى المعين يتعين التصرف للموكل بالنظر الى الوكيل سواء كان العبد
حيا او ميتا قيل كذا فى الحاشية قلنا ذكر فى الكافى ان هذه المسئلة
على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه
على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما
ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مامورا
بشرى عبد بعينه فان اخبر عن شرائه والعبد حى فالقول للمامور اجماعا منقودا
كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به فى التحقق
والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق وان كان العبد ميتا حين اخبر
فقال هلك عندى بعد الشراء وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود
فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استينافه وغرضه الرجوع بالثمن
والامر منكر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن
كان امانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة فكان القول قوله
فان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال
الامر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه الى اخر ما
ذكر فى الكتاب فظهر ان المسئلة فى التوكيل بشراء عبد بعينه تختلف فى الحى
والميت فصح التقييد بقوله والعبد حى احترازا عما اذا كان ميتا واما قوله
نظرا الى الدليل فنقول بل الدليل دل على خلافه لانه لا يملك استينافه الشراء
اذا كان العبد ميتا وما قيل ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك الشراء لنفسه
فالظاهر انه اشتراه للامر فينبغى ان يكون القول للمامور وان كان العبد
ميتا قلنا ان الظاهر لا يكفى للالزام والمامور يريد الرجوع بالثمن على الامر
اذا كان العبد ميتا والثمن غير منقود قوله لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك

شراه

شراه بمثل ذلك الثمن فان قلت ان كان لا يملك بمثل ذلك الثمن فقد يملك
بخلاف جنسه وبغير النقود فيحتمل ان اشتراه لنفسه ثم لما راى الصفقة خاسرة
الزمها الامر قلت نعم انه يملك شراه لنفسه بهذا الطريق ولكن لا شك ان فيه
تغريرا للامر وانه حرام فالظاهر انه لا يباشره قوله اقرار منه بالوكالة فان قيل
لا نسلم بانه اقرار بالوكالة وجاز ان يكون فضوليا فى الشرى فنقول الظاهر
من حاله ان لا يتصرف على الغير وفى ماله بغير اذنه كذا فى الحاشية وفيه نظر
لان هذا انما يكون ظاهرا من حاله ان لو كان تصرف الفضولى حراما متضمنا
ضرر الغير وليس كذلك بل هو حلال نافع للغير على ما مر فى فصل الفضولى والظاهر
من حال الانسان الاجتناب عن الحرام لا عن الحلال فالاوجه ان يقال شرى
الفضولى لا يتوقف بل ينفذ على المشترى فلو لم يحمل على التوكيل لضاع قوله
لفلان ويلغو والاصل عدم الالغاء ولقائل ان يقول الحاجة هنا الى الالزام
على المشترى والظاهر وان كان عدم الالغاء فى الكلام فالظاهر لا يكفى
للالزام فالاولى فى تقدير الجواب ان قوله يعنى لفلان يقتضى التوكيل فيه
اذ الشراء انما يتحقق لفلان اذا كان وكيلا من قبله اذ لو كان فضوليا
لو قع الشراء له ولا يكون لغيره فيكون التوكيل ثابتا اقتضاء والثابت
باقتضاء كالثابت بالعبارة قوله وعليه العهدة ان كان متصلا بقوله
لم يكن له فالضمير فى عليه للمامور اى وعلى المامور عهدة لزوم العقد
اى ينفذ العقد على المامور وان كان متصلا بقوله الا ان يسلمه فالضمير
للامر اى وعلى الامر العهدة اى عهدة الاخذ بتسليم الثمن الى المامور وعلى
قوله لانه صار مشتريا بالتعاطى دليل على قوله فيكون بيعا وعلى الثانى دليل
على قوله وعليه العهدة قوله لزمه اى لزم المشترى العقد لان شرى الفضولى
يلزم العاقد ولا يتوقف على الاجازة ثم اذا سلمه المشترى له يكون بيعا
بالتعاطى قوله عبدين باعيانهما قيد بقوله باعيانهما ليترتب عليه المسئلة
الثانية اعنى قوله ولو امره ان يشتريهما بالف الخ فانها لا تتصور الا فى المعينين
قوله قبل ان يختصما قيد به لانه لو اشترى الثانى بما بقى من الالف بعد الخصومة
لا يلزم الامر لانهما لما تخاصما الى القاضى والزم القاضى العبد المشترى بالزيادة
على خمسمائة على المامور لمكان المخالفة لزم العبد المامور فبعد هذا
وان اشترى الثانى ببقية الالف لم يحصل غرض الامر وهو سلامة العبدين
له بمقابلة الالف لتعذر سلامة العبد الاول بعد حكم القاضى بلزوم
العبد المشترى على المامور وانقطاع حق الامر عنه فعلى هذا يجب ان يراد
بالاختصام قضاء القاضى بلزوم العبد المشترى للوكيل لانه سبب القضاء

[في الهامش: التوكيل — الاول]

فذكر السبب واراد به المسبب وذلك ان نفس الاختصام قبل حكم القاضي
لا ينافي حصول غرض الامر بشري الثاني ببقية الالف انما المنافي له القضاء
القاطع لحق الموكل عن العبد قوله لان في تعيين المبيع تعيين البايع لانه
لما عين المبيع فقد عين مولاه لان بيعه لا يتصور الا من مولاه فكانه قال
اشتر لي هذا العبد من مولاه كذا في الحاشية وقد يقال تعيين المبيع
لا يوجب تعيين البايع اذ الشراء قد يكون من المولى وقد يكون من عبد
ماذون له وقد يكون من وكيله فصار كما لو وكله بشرا عبد بغير عينه اللهم
الا ان يكون هذا بناء على الاغلب اذ الغالب ان الشراء لا يكون الا من المولى
على ان هذه الجهالة لا تضر لان المبيع اذا كان معينا فالامر بتمليك الدين
ليس الا من مالكه سواء كان الشراء منه او من وكيله او من عبد ماذون له
غير مديون اذ الثمن يدخل في ملك المالك سواء باع بنفسه او باع وكيله
او عبده فيكون تمليك الدين من غير المديون بعد توكيله بقبضه غير ان
المالك قد يقبض بنفسه وقد يقبضه نايبه واياما كان فالقابض في المعنى
هو المالك وهو الوكيل بالقبض وتمليك الدين من من عليه بعد توكيله بقبضه
جايز وهنا كذلك قوله انها تتعين في الوكالات وفي الذخيرة الدراهم
والدنانير لا يتعينان في الوكالة قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة
الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء وهما لا يتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا
فيما هو وسيلة اليه واما بعد التسليم الى الوكيل هل يتعينان بعضهم قالوا
يتعين لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر به وهما يتعينان في الشراء
بعد التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه ولان يد الوكيل امانة وهما يتعينان
في الامانات وعامتهم على انها لا تتعين وفائدة النقد والتسليم على قولهم
شيئان احدهما توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فالعرف
ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد
الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب له عليه لان شراء
الوكيل يوجب دينا للبايع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل هذا لفظه فقوله
انها تتعين في الوكالات ممنوع على قولهما كما هو مذهب العامة وبهذا صرح
في الذخيرة في هذه المسئلة حيث قال هما يقولان بان الدراهم والدنانير
لا يتعينان في الوكالة كما لا يتعينان في الاشرية فلغت الاضافة اليها فهذا
تعليل بما هو عين النزاع واول المسئلة ثم يشكل على القول بانها تتعين
في الوكالة ما اذا دفع الى رجل الف درهم وقال ادفعها الى فلان قضاء عني
فدفع الوكيل غيرها فانه لا يكون متبرعا وله ان يحبس الالف التي دفع اليه لحقه

فلو تعينت

فلو تعينت الدراهم المدفوعة في الوكالة كان الوكيل مامورا بقضاء الدين من تلك
الدراهم فاذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيا بغير امره فيجب ان يكون متبرعا
والجواب ان الدراهم وان كانت تتعين في حق الوكالة بعد القبض حتى تبطل
الوكالة بهلاكها فهي لا تتعين في حق القضاء الا يرى ان للمطلوب ان يدفع
الى الطالب دراهم غير ما دفع الى الوكيل وان القضاء لا يسقط بهلاكها
واذا لم يعتبر هذا التعيين في حق القضاء صار في حقه كانه قال اقض ديني
فيكون قاضيا بامره باعتبار جانب القضاء ولا يكون متطوعا وباعتبار
جانب الوكالة يصير قاضيا بغير امره فيكون متبرعا فلا يجعل متبرعا بما ادى
بالشك كذا ذكر في الذخيرة وفيه بحث لانه لما دار بين ان يكون
متبرعا او قاضيا بامره وجب ان لا يجعل قاضيا بامره بالشك وبعبارة
اخرى انه لما اقتضى جانب الوكالة ان يكون متبرعا واقتضى جانب القضاء
ان لا يكون متبرعا وقع الشك في وجوب الضمان له على الدافع وفي ثبوت
ولاية حبس الدراهم المدفوع حقا لنفسه وكل ذلك لم يكن ثابتا فلا يثبت
بالشك وايضا هذا يقتضي ان لا يتعين الدراهم الدين في حق الشرى
ايضا الا يرى ان الموكل لو اشترى بغيرها جاز وان هلاكها لا يبطل
ولاية الشراء بعين ما ذكر في القضاء فلا يصح بناء مسئلة الشراء من قبل
ابي حنيفة رح على تعيين الدراهم في الوكالات كما ذكر المصنف رح وايضا
لو دفع الى رجل دراهم ووكله بان يقضي به دينه فباع الوكيل من الطالب
دنانير او عروضا بدينه يصير متطوعا فلو لم يتعين الدراهم المدفوع
الى الوكيل لقضاء الدين في حق القضاء لما صار متطوعا كما امر بقضاء
الدين ولم يدفع اليه شيئا فباع الوكيل من الطالب دنانير او عروضا
بدينه حيث يجوز ذلك على الموكل ولا يصير متطوعا نعم ذكر في نوادر
هشام عن محمد رح دفع الى رجل الف درهم وامره ان يعطيها غريمه فاعطيه
المامور غيرها من عنده او باعه بها ثوبا او كان للمامور على الغريم
الف درهم فجعلها قصاصا منها فهذا كله جايز قال هشام يعني لا يكون
متطوعا فيما ادى كذا في الذخيرة قلنا ان نمنع قوله واذا تعينت اي
الدراهم والدنانير في الوكالات كان هذا اي التوكيل بان يشتري
بما عليه من الدراهم او الدنانير عبدا بغير عينه تمليك الدين اي امرا بتمليك
الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه والا فنفس التوكيل
ليس تمليك للدين انما هو امر به وذلك اي تمليك الدين من غير من عليه
من غير ان يوكله بقبضه لا يجوز فكذا الامر به ولقائل ان يقول انها

وان تعين فى الوكالات فهى لا تتعين فى الشراء وهذا التوكيل انما يكون
امرا بتوكيل الدين من غير من عليه اذا كانت الدراهم والدنانير يتعينان
فى الشرى ايضا قوله وذلك لا يجوز وهذا لان الموكل لا يملك تمليك
الدين من غيره فلا يملك التوكيل به ايضا فان قلت هذا الوجه يقتضى ان
لا يصح التوكيل وان عين البايع لان الموكل لا يملك الشراء من شخص معين
بدين على الوكيل فلا يملك الامر به ايضا قلت جوابه سيأتيك ثم انما
لا يجوز تمليك الدين من غير من عليه لان تمليكه اسقاط من وجه لكونه
وصفا والاسقاط انما يتصور فى حق من عليه دون غيره الا اذا وكله
بالقبض لانه بالقبض يصير مالا من كل وجه ثم تملكه القابض فيكون
هنا تمليك العين فى الحقيقة وذلك جائز قوله او يكون امرا بصرف ما
لا يملكه الا بقبضه ومعنى هذا الترديد ان هذا التوكيل ان اعتبر توكيلا
بالشراء بالدين من حيث هو يلزم الامر بتمليك الدين من غير من عليه
وان اعتبر توكيلا بالشرى بعين يقضى به الدين كان امرا بصرف ما لا يملكه
الا بقبضه وهذا الامر وعدمه بمنزلة قوله لانه يصير وكيلا عنه
بالقبض ثم يتملكه فان قلت هذا يشكل فيما اذا اشترى بدين له على آخر
حيث لا يجوز وان امكن ان يجعل البايع وكيلا عنه بالقبض قلت
عدم الجواز هناك لكونه بيعا شرط فيه اداء الثمن على الغير ولان البايع
لو صار وكيلا بالقبض يصير وكيلا فى ضمن المبايعة فلا بد ان يثبت المتضمن
ليثبت المتضمن والمبايعة لم يثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه
فلا يثبت المتضمن بخلاف ما نحن فيه لان التوكيل بالقبض يثبت بامر الامر
وانه يسبق الشراء وهذا بخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه
حيث تصح الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض فى ضمن الهبة
لان الملك فيه يتوقف الى زمان القبض فيكون التوكيل بالقبض سابقا
على التمليك معنى كذا فى الشاهان وفى الجوابين نظر اما فى الاول فلانه
انما يلزم اشتراط اداء الثمن على الغير ان لو تعينت الدراهم والدنانير فى العقود
وهما لا يتعينان فى العقود عينا كان او دينا فلغت الاضافة الى الدين
وبقى العقد مضافا الى مطلقها ولان البايع لو جعل وكيلا بالقبض
من المشترى ثم يتملكه لكان المؤدى على ذلك التقدير هو المشترى دون
المديون فلا يلزم فيه اشتراط الثمن على الغير فالاولى ان يقال عدم الجواز
هنا لكونه بيعا شرط فيه قبض البايع دين المشترى على غيره له ثم لنفسه وانه
شرط لا يقتضيه العقد فيكون مفسدا واما فى الثانى فلان التوكيل بالقبض

فيما نحن

فيما نحن فيه ان كان يسبق الشراء فهو لا يسبق التوكيل بالشرى بل يثبت فى ضمن
التوكيل به فلا بد وان يثبت المتضمن ليثبت المتضمن والتوكيل بالشراء
لا يمكن ان يثبت قبل ثبوت التوكيل بالقبض لما فيه من الامر بتمليك الدين
من غير من عليه والامر به باطل كبطلان التمليك فلا يثبت المتضمن ايضا
ولا يخفى ان الحاجة هنا الى التوكيل بالقبض انما هو لتصحيح التوكيل بالشرى
لا لتصحيح الشراء على انا لا نسلم ان البايع لو صار وكيلا بالقبض يصير وكيلا
فى ضمن المبايعة متأخرا عنه لان صيرورته وكيلا لتصحيح التمليك فيكون ثابتا
بالاقتضاء والمقتضى يثبت سابقا وما ذكره هذا الشارح يقتضى ان يكون
صيرورته وكيلا بطريق الاشارة دون الاقتضاء وهو غير مستقيم لانه لازم
متقدم والمتقدم من اللازم مقتضى وليس باشارة على ما عرف فى الاصول
فالاظهر فى الجواب ان يقال انما لا يصح الشراء بدين له على آخر لان الدين
لا يعتبر مالا الا فى حق الداين والمديون لانه وصف حقيقة مال باعتبار
عاقبة الايفاء والاستيفاء فلا يظهر ماليته الا فى حق من له ولاية الايفاء
والاستيفاء وهو الداين والمديون فاذا لم يكن مالا فى حق غيرهما كان
الشراء بدين على غيره مبادلة مال بغير مال وانه باطل اذ الثمن المسمى لا بد
وان يكون مالا والتوكيل بالقبض لا يوجب كونه مالا حال التسمية فلا يكتفى
بها لصحة الشراء وهذا بخلاف التوكيل بالشراء بدين على الوكيل فان
ذلك ليس بامر بتسمية الدين وجعله ثمنا حتى يلزم تسمية ما ليس بمال بل هو
امر باداء الثمن من الدين وتعيين للدين لاجل التسليم الى البايع وتقييد الوكالة
به قوله لان الموكل والوكيل فى هذا ينزلان منزلة البايع والمشترى مشكل
على قول ابى حنيفة رح فانه يجوز توكيل المسلم الذمى بشراء خمر او خنزير فلو كانا
بمنزلة البايع والمشترى يصير الذمى بايعا الخمر والخنزير من المسلم وانه باطل
والله اعلم قوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فصار كانهما
انشأ البيع فيبطل الاختلاف فان قلت لو كان تصديق البايع معتبرا
رافعا للاختلاف لوجب ان يعتبر قول المامور بلا يمينه كما لو انشأ البيع
بينهما بالالف قلت كانه اراد بارتفاع الخلاف رجحان قول المامور وظهوره
ولكن الظاهر لا يكفى للالزام فلا بد من اليمين لالزام الامر وقطع خصومته
قوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البايع وانما كان معظم يمينه
يمين البايع لانه ركن التحالف مختص به بخلاف يمين المشترى لانه منكر ويمين
المنكر شايع فى جميع الصور اما يمين المدعى فمختص بصورة التحالف ولان يمين
البايع مما يستدل به على التحالف لانه لما وجب اليمين عليه وهو مدع

فلان يجب على المشتري وهو منكر اولى فاكتفى بذكر معظم اركان التحالف
عن ذكر باقي الاركان نعم لقائل ان يقول قوله فالقول قول المامور دليل
ظاهر على عدم التحالف اذ لا عبرة لقول احد فيه بل القولان متساقطان في صورة
التحالف ولا قول لاحد فيه ولو كان المذكور تحليف المامور فقط لكان نحمله
على التحالف وجعله من باب الاكتفاء بذكر معظم الاركان عن ذكر الباقي
وجه الا ان يقال قول كل من البايع والمشتري معتبر مع اليمين لكن بشرط
ان لا يعارضه صاحبه الا ترى انه لو حلف البايع واكد قوله بيمينه ونكل
المشتري كان القول قول البايع وبالعكس فيكون المعنى فالقول قول المامور
اذا لم يعارض يمين الامر لكن المعارضة لما كانت من الموانع المستثناة
وان لم تستثن لم يذكره **فصل في التوكيل بشراء نفس العبد**
قوله لان بيع نفس العبد منه اعتاق وهذا لانه تعذر جعله معاحقيقة
لان البيع يوجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله فيجعل مجازا عن الاعتاق
لوجود ازالة الملك فيهما كذا في الكافي وهكذا في بعض الشروح وهو
تصريح منهم بان الجامع بينهما هو ازالة الملك **وفيه نظر** لانهم لم يجوزوا
استعارة الفاظ الطلاق للعتق بجامع ازالة الملك فيهما وعللوه بان
الاستعارة انما تقع باعتبار المناسبة في المعنى الخاص المشهور الذي
وضع كل واحد منهما له ولا مناسبة بينهما من هذا الوجه لان معنى الطلاق
رفع القيد لان الاطلاق عبارة عنه واما الاعتاق فاثبات القوة
الشرعية لان ذلك معناه لغة وليس بين ازالة القيد لعمل القوة الشرعية
وبين اثباتها بعدا لعدم مشابهة كما ليس بين اطلاق الحي واحياء الميت
مشابهة فما هذا الا كاستعارة اسم الحمار للزكي والاسد للجبان الى هذا
اشير في البزدوي فظهر ان المشابهة في معنى الازالة لا يكفي لصحة استعارة
لفظ البيع للاعتاق كما لا يكفي ذلك لاستعارة لفظ الطلاق وله فالاولى
ان يقال الجامع بينهما هو معنى المعاوضة لان البيع انما يجعل هنا مجازا عن الاعتاق
بمال وهو معاوضة **قوله** وان عقد لنفسه بان قال بعني نفسي مني كذا في الكافي
قلت بل صورة العقد لنفسه ان يقول بعني نفسي لاجلي اذ لا يتعين العقد لنفسه
بقوله مني اذ الوكيل هو العاقد في البيع والشراء ويباع المتاع منه لامر الموكل
ولكن بيع المتاع من الشخص قد يكون لاجله بان يكون اصيلا فيه ويقع الملك
له وقد يكون لغيره بان يقع الملك لموكله **قوله** ولكنه اتى بجنس تصرف اخر
وهو قبول العتق **قلت** انما يكون قبولا للعتق اذا وقع الشرى له ولكنه يجب
ان يقع لموكله ويبطل الاضافة الى نفسه دفعا للغرور الواجب دفعه ما امكن

كما هو

كما هو الحكم في سايرها اذا توكل بشرى شيء بعينه ثم اشترى بجنس ذلك الثمن
وقدره واضافه الى نفسه حيث يلغو اضافته الى نفسه ويقع الشرى لموكله
دفعا للغرور وجوابه سيأتيك **قوله** وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل
لفلان لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك **فان قيل** ينبغي
ان يقع الشراء للموكل عند الاطلاق لان الحقيقة اصل وعلى تقدير وقوع
العقد للموكل يكون الشراء على الحقيقة ولو وقع للعبد يكون مجازا عن الاعتاق
قيل عارضت هذه الجهة جهة اصالة اخرى وهي ان الانسان يتصرف
لنفسه لا لغيره ثم رجحنا هذه الجهة بعد المعارضة بحسب قصد البايع
ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل
يفوت هذا الغرض ونقول رجحنا جانب العتق لانه مندوب والمعاوضة
مباحة محضة كذا في الشرح **وفيه نظر** لان المعاوضة بين جهتي الاصالة
انما هي في كلام العبد دون المولى وما ذكر من جهتي الترجيح فانما يتاتى بالنظر
الى المولى دون العبد فلا يترجح احد الاصلين في كلام العبد بهاتين الجهتين
لانعدامهما في حقه نعم يترجح بها احد الاصلين في كلام المولى ولكن
لا معارضة في كلامه بين الجهتين والترجيح يستدعي التعارض فالاولى
ان يقال انما يترجح هذه الجهة من حيث ان الاعتاق من اهم امور العبد
واعظم مقاصده لانه وسيلة الى نيل السعادات الدينية والدنيوية
وزوال ما به يصير عرضة للتملك والابتذال والظاهر من حال المرء
ان يقصد اهم الامور واعظمها ولكن لقائل ان يقول العبد وكيل
بشراء شيء بعينه والوكيل به لا يحل له ان يتصرف لنفسه لما فيه من التغرير
بالامر والظاهر من حال المرء الاجتناب عن مثله فتعارض الظاهران فبطل
الترجيح الا ان يقال ان العبد لما طلب من المولى ان يبيع نفسه منه ولم يقل
لفلان فقد طلب الاعتاق على مال في زعم المولى لانه ما لم يقل لفلان مشتر
لنفسه ظاهرا وبيع العبد من نفسه اعتاق فلما باعه المولى منه فقد اعتقه
على مال وصار قوله بعتك من نفسك كقوله اعتقتك على مال فلما قال العبد
اشتريت نفسي منك يجب ان يحمل على قبول العتق اذ لو حمل على الشرى
الحقيقي لم يترتب ذلك على ايجاب العتق فيلغو وكلام العاقل يجب ان يصان
عن الالغاء فتعين حمله على قبول العتق ليترتب على ايجاب البايع المحمول
على الاعتاق ودفع الغرور ههنا بالغاء التقييد في قوله بعني نفسي لاجلي
وحمل المطلق اعني قوله بعني نفسي على المقيد وهو لفلان ليس بممكن اذ لو حمل
عليه لبطل القبول اذ لا عبرة لقبول الاعتاق في ايجاب البيع واذا بطل القبول

لم يتحقق الشراء المامور به فلا يفيد الحمل على خلاف الظاهر فيجب الحمل على الظاهر
وبهذا يخرج الجواب عما يشكل فيما اذا كان العبد هو الامر لرجل بان يشتريه
لنفسه من مولاه فاشتراه منه ولم يقل اشتريته لنفسه بل اطلق الشرى
او قال اشتريت لنفسي حيث يقع شراؤه للمامور مع ان القياس ان يقع
عن الامر دفعا للغرور كما يقع عنه في ما اذا امره بشرى عبد بعينه فاشتراه
المامور لنفسه او اطلق وذلك ان ايجاب المولى فيه محمول على الحقيقة
دون الاعتاق لعدم ما يوجب العدول عن الظاهر في حقه ولما كان
الايجاب ايجاب البيع دون الاعتاق وجب ان يحمل جواب المامور من قوله
اشتريته او اشتريت لنفسي على حقيقته اذ لو حمل على الشرى للعبد لكان
هذا قبولا للاعتاق وقبول الاعتاق في ايجاب البيع لغو فيؤدي حمل المطلق
على المقيد او الغاء القيد ولدفع الغرور الى بطلان القبول فلا يتحقق مطلوب
الامر والغرور انما يندفع بتحقيق مطلوبه وذا لصحة القبول على وفق مرة
وانه غير ممكن هنا **فصل في البيع والشراء** **قوله** وقال لا يجوز
بيعه منهم لا نعرف للتخصيص بالبيع وجها اذ الدليل لا يفرق بين البيع منهم
والشراء منهم فكانه اراد بالبيع مطلق العقد **قوله** ولا تهمة اذ الاملاك
متباينة والمنافع منقطعة **فان قلت** اعتبر ابو يوسف ومحمد رح الاملاك
والمنافع فيما بين الوالد والولد وغيرهما من المحارم هنا منقطعة وقد
اتفقوا على اعتبارهما متصلة في رد الشهادة وعدم جواز وضع الزكوة
قلت لا شك ان الاملاك والمنافع فيما بينهم متباينة شرعا ومتصلة
عادة فاعتبرا جهة الاتصال اذا باع منهم بالغبن اليسير وجهة الانقطاع
اذا باع بمثل القيمة ولئن كان البيع بالغبن اليسير كالبيع بمثل القيمة عندهما
فنقول الاحتراز عن الغبن اليسير متعذر فالتحق ذلك بمثل القيمة ولانه
اذا باع منهم بمثل القيمة فاعتبرا الاملاك فيه متباينة لانه ما باع منهم
الا كما يباع من الاجنبي فاين التهمة او يقال باب الزكوة والشهادة باب
الاحتياط واعتبرا فيهما الاتصال الثابت من وجه واما باب التوكيل فلم يبن
على الاحتياط بل مبناه على التوسعة حتى يتحمل فيه الجهالة اليسيرة ما تيسر
جانب التباين توسعة للامر على الناس **قوله** ولان المنافع بينهم متصلة
جعله دليلا اخر سوى التهمة ليس بواضح اذ لا وجه للتهمة الا اتصال المنافع
الموجب لوقوع البيع لنفسه من وجه وجعل صاحب الكافي دليلا اخر حيث
قال لان كل واحد منهم ينتفع بمال الاخر عادة فصار مال كل منهم كمال صاحبه
من وجه ولهذا لم يقبل الشهادة فيما بينهم والبيع اخراج وادخال من الجانبين

وفي البيع

وفي البيع من هؤلاء اخراج الى نفسه من وجه فلا يجوز هذا كلامه وهو واضح
قوله ولا كذلك الوكيل بالشرى لانه يطلق العقد **قلت** الاطلاق لا يلزم
بل ربما يضيف الى الموكل ولا تهمة عند الاضافة اليه على ان الاضافة الى الموكل
قد يلزم في العقد بالشراء ايضا كما اذا توكل العبد بشراء نفسه من مولاه
لغيره فانه لو لم يضف الى الموكل بل اطلق يقع الشرى له حتى يعتق مع انه تقيد
بمثل القيمة وبما يتغابن الناس فيه والله اعلم **قوله** والامر بالشراء صادف
ملك الغير فلم يصح اي من حيث انه تصرف في ملك الغير فاما من حيث انه امر
في ذمة الامر بالزام الثمن عليه ابتداء او في اخر الامر فالامر صحيح وبهذا
يسقط ما يقال انه لما لم يصح امره بالشرى وجب ان يبطل التوكيل به وان
ينفذ الشرى على الوكيل دون الموكل لان الامر متى لم يصح صار وجوده
كعدمه **قوله** فانه يرده اي بلا خصومة لما سيجيء ان الرد على الوكيل رد
على الموكل في عيب لا يحدث مثله **قوله** وتاويل اشتراطها اي اشتراط هذه
الحجج من البينة او الاباء عن اليمين عند الاستحلاف او الاقرار بالعيب
في يده **قوله** في الكتاب اي القدوري **قوله** ان القاضي يعلم انه لا يحدث
مثله في مدة شهر مثلا يعني ان العيب الذي لا يحدث مثله نوعان نوع لا يحدث
مثله اصلا ونوع لا يحدث في مدة شهر او شهرين مثلا ولكنه يحدث
في مدة ستة اشهر فصاعدا والقاضي ان كان يتيقن بكون العيب في يد
البائع في النوع الاول فلا يتيقن به في الثاني لاحتمال ان يطول مدة البيع
فلا يتيقن بوجود العيب في يد البائع فيحتاج الى احدى هذه الحجج وتاويل
اخر ان العيب الذي لا يحدث مثله قد يكون ظاهرا يعلمه كل احد كالاصبع
الزائدة وقد يكون مبطنا لا يعلمه الا الطبيب وقد لا يطلع الا النساء
وقول الطبيب او المرأة لا يكفي للرد وان كان يكفي لتوجه الخصومة فيحتاج
القاضي الى احدى هذه الحجج للرد ولقائل ان يقول لو كان ما في الكتاب
محمولا على عيب لا يحدث في مدة شهر او دونه لكنه يحدث في مدة شهرين
فصاعدا او عيب لا يحدث مثله اصلا لكنه مما لا يطلع عليه الا النساء
او الاطباء لم يستقم تعليل مسئلة الكتاب بقوله لان القاضي يتيقن
بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لظهور
ان هذا التعليل انما يستقيم اذا اريد العيب الذي لا يحدث مثله اصلا ويكون
ظاهرا يعرفه كل احد كالاصبع الزائدة اذ لا يتيقن القاضي بوجود العيب
في يد البائع في غير هذا العيب فتعليل مسئلة الكتاب بما ذكر لا يستقيم
الا في عيب لا يحدث اصلا ويكون ظاهرا يعرفه كل احد ثم حمله على ما لا يحدث

في مدة قريبة ويحدث في مدة بعيدة او لا يحدث اصلا ولكنه مما لا تطلع
عليه الا النساء او الاطباء يحتاج الى مزيد تأمل **وجوابه** ان تيقن القاضي
بوجود العيب في يد البائع لا يختص بما لا يحدث اصلا ويكون ظاهرا يعرفه
كل احد بل القاضي يتيقن بوجود العيب في يد البائع في عيب لا يحدث
في مدة شهر مثلا ويحدث فيما فوقها لكن بعد العلم بالتاريخ فيحتاج
الى هذه الحجج لمعرفة التاريخ ثم التيقن بوجود العيب في يد البائع
مضافا الى العادة فانها جرت على ان مثل هذا العيب لا يحدث
في مدة شهر مثلا وكذا يتيقن بوجوده في يده فيما اذا لم يكن العيب ظاهرا
فيحتاج الى هذه الحجج لمعرفة وجود العيب وبعدما علم بوجوده فالعلم
بكونه في يد البائع مضاف الى كون العيب مما لا يحدث مثله فيتأتى
التعليل في الصور الثلث فان قلت هذا انما يتأتى فيما لا يحدث
مثله مدة شهر ويحدث فيما فوقها اذا كان في الشهادة او الاقرار
تعرض لتاريخ البيع اما اذا لم يكن التعرض الا لحدوث العيب في يد
البائع فعلم القاضي فيه بوجود العيب في يد البائع لا يكون الا مضافا
الى الحجة فلا يصح نفي الاستناد الى هذه الحجج مطلقا اجيب بان حكم
هذا العيب في حكم عيب يحدث مثله **قوله** فيفتقر اليها في الرد
فان قلت فاذا اقر الوكيل كان القضاء مضافا الى اقراره فيجب
ان لا يكون ردا على الموكل كما لو كان العيب مما يحدث مثله والرد
باقرار الوكيل **اجيب** بان اقراره مؤيد لقولهن او قول الطبيب فيكون
القضاء مضافا الى قولهن او قول الطبيب لكن بعد التأييد باقراره
لا الى اقراره بخلاف ما اذا كان العيب مما يحدث مثله واقر به الوكيل
اذ القضاء هناك مضاف الى اقراره او يقال الحاجة الى هذه الحجج هنا
ليست لمعرفة ما هو الموجب للرد وهو كون العيب في يد البائع بل لمعرفة
وجود هذا العيب في المبيع وبعدما علم وجوده فيه علم بحكم العادة
انه ثابت في يد البائع لان مثله لا يحدث عادة فكان بوجوده
في يده مضافا الى العادة وهو الجزء الاخير لما هو الموجب للرد وهو اعني
وجوده في يد البائع والعبرة للجزء الاول فكان الرد مضافا الى تيقن
القاضي بوجود العيب في يد البائع بحكم العادة لا الى الاقرار فيكون
الرد عليه ردا على الموكل بخلاف ما يحدث من العيب لان الموجب للرد
هناك مضاف الى الاقرار فافترقا ومعنى قوله فيفتقر اليها في الرد وفي بعض
النسخ للرد انه يفتقر اليها وقت الرد بجعل اللام للوقت او لامر بعد ذلك ظاهر

فتأمل

فتأمل **قوله** وهو رد على الموكل اي الرد على الوكيل في هذه الصورة وهذا
لا يشكل فيما اذا رد على الوكيل بعيب ظاهر والمدة معلومة للقاضي بالمعاينة
او بالبينة او باليمين وانه مشكل فيما اذا ثبت العيب بقول النساء او بقول
الطبيب الواحد ثم رد عليه باقرار الوكيل بقضاء اذ الرد في هذه الصورة
مضاف الى اقراره كما يشعر به قوله فيفتقر اليها الرد وانه حجة قاصرة
فيجب ان يلزم الوكيل لكن كان له ان يخاصم الموكل كما في العيب الذي لا يحدث
مثله على ما ذكر في الكتاب اذ الحجة قاصرة في الصورتين وجوابه ما ذكرنا
قوله والوكيل مضطر في النكول هذا جواب لسؤال وهو ان يقال
اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا وباعه
من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول
بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه والجواب ان الوكيل مضطر كذا في الحاشية
وهذا مشكل لان الرواية منصوصة في باب خيار العيب ان المشتري
الاول اذا رد عليه المبيع بإباء يمين كان له ان يرده على بائعه وكانه
اراد انه لم يكن له ان يرده بلا مخاصمة اي لا يكون الرد عليه ردا على بائعه
ولكن لا وجه لتخصيص هذا السؤال بصورة النكول اذ الحكم في فصل
البينة كذلك لان الرد بالبينة على المشتري ليس برد على بائعه والرد
على الوكيل بها رد على الموكل فالاظهر ان قوله والوكيل مضطر لبيان الفرق
بين النكول والاقرار اما الفرق بين الوكيل والمشتري الثاني فقد مر
في خيار العيب **قوله** الا ان له ان يخاصم **فان قلت** اذا اشترى
عبدا وقبضه واراد ان يرد على بائعه بالعيب فقال البائع هذا العيب
حدث عندك فاستحلف القاضي البائع فابى فرده عليه له ان يرده على بائعه
ولو لم يأب اليمين ولكن اقر بالعيب فرده عليه باقراره لم يكن له ان يخاصم
بائعه فيه ذكر المسئلة في المنتقى مطلقا من غير تفصيل اي بين ما اذا كان
الرد بالاقرار بقضاء او برضاء فما وجه الفرق على هذه الرواية بين الوكيل
اذا رد عليه بقضاء بالاقرار وبين المشتري الاول **اجيب** بالتزام ان
ما ذكر في المنتقى محمول على ما اذا رد على المشتري الاول بالرضاء عند اقراره
بالعيب ولو سلم ان هذه الرواية مطلقة فالفرق هو انه لما تعارضت
الجهتان نعمل بهما ما امكن وقد امكن في حق الوكيل دون المشتري وذلك
ان القضاء بالرد فسخ بدليل قاصر فمن حيث انه فسخ يكون الرد على الوكيل
ردا على الموكل ومن حيث انه مستند الى دليل قاصر وهو الاقرار يلزم المأمور
ولا يكون له ولاية الرد ايضا فاثبتنا امرا بين امرين وقلنا له ولاية الرد

بالخصومة اما المشتري الاول فجهة كون الرد فسخا يقتضي ان يكون له
ولاية الرد بالخصومة وجهة قصور الدليل يقتضي ان لا يكون له هذه الولاية
فلا يثبت هذه الولاية بالشك **قوله** الا ان له ان يخاصم الموكل فان قيل
كيف يكون للوكيل حق الخصومة مع الموكل وقد حصل الرد باقرار الوكيل
فكان بيعا جديدا في حق الموكل قلنا الرد ما حصل باقراره انما حصل
بقضاء القاضي على كره منه فلا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لعقد
شرطه وهو التراضي فجعل فسخا كذا في الكافي **قلت** انه يشكل بما اشار
اليه الشيخ رح والمصنف رح في باب خيار العيب ان المشتري الثاني
لو رد على المشتري الاول باقراره لكن بقضاء القاضي فليس له ان يرد
على البائع الاول حيث قال في الكافي من اشترى عبدا ثم باعه
من اخر ثم وجد المشتري الاخر به عيبا فرده على المشتري الاول
ان رده قبل القبض بقضاء او رضاء للمشتري الاول ان يرده على بائعه
لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ في حق الكل حتى لا يتوقف على القضاء
فصار كان لم يبع وان كان المشتري الاخر قبض العبد ثم رد على المشتري
الاول فان كان الرد بقضاء ببينة او بنكول المشتري او باقراره بالعيب
فله ان يرده على بائعه الى ان قال ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر
الاقرار فاثبته بالبينة هذا كلامه وهكذا ذكره المصنف رح فقوله
ومعنى القضاء بالاقرار الخ اشارة الى انه لو لم ينكر الاقرار ولكنه لم يقبل
البيع برضاه بل الزمه القاضي فانه لا يتمكن من رده على بائعه وان
الرد بالقضاء بالاقرار الذي صر عليه ولم ينكره بيع جديد في حق الثالث
ونص هنا ان البائع وان اقر بالعيب لكنه لم يرض بالرد حتى رد القاضي
كان له ان يرده على بائعه ولم يكن الفسخ به بيعا جديدا في حق الثالث
وبينهما تناف وبين فكان في المسئلة روايتين وقد بيناهما في باب خيار
العيب وجه ما ذكر هنا ظاهر فاما ما اشار اليه ثمه فوجهه ان الفسخ
وان حصل بالقضاء بكره من القاضي فالاقرار بالعيب مختارا باختيار
صحيح اختيار للفسخ والقضاء مضافا الى الاقرار والرضاء بالعلة رضاء
بالحكم فكان راضيا بفسخه والله اعلم **قوله** والرد بالقضاء فسخ اي في حق
الكل لعموم ولاية القاضي اشار هنا الى ان الفسخ بالاقرار اذا كان بكره
من القاضي فهو فسخ في حق الكل واذا كان كذلك لم يكن لما ذكر المصنف
فيما مر من قوله ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار ثم اثبت بالبينة وجه
يعرف بالتامل **قوله** واخذ به كفيلا فتوى المال عليه قيل المراد من الكفالة

الحوالة

الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها
والتوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا كذا في الشرح
وفيهما نظر اما في الاول فلان التوى على المحتال عليه لا يضر عندنا
لمكان الرجوع على المحيل واما في الثاني فلان التوى بموتهما لا يتعلق
بقبول الكفالة حتى يضاف اليه والجواب عن الاول ان الحوالة ربما
يفضي الى الهلاك بان رفع الامر الى القاضي فيحكم بامتناع الرجوع على المحيل
عند التوى على المحتال عليه كما هو مذهب الشافعي رح فيستند الهلاك
الى قبول الحوالة وقد اعترض على الاول في الحاشية بان قوله والكفالة
توثق ياباه **قلت** الحوالة ايضا توثق باختيار الاملاء والاحسن في القضاء
وقد مر **قوله** دون الكفالة واخذ الرهن لانهما ليسا من قبض الدين
في شيء اما الكفالة فظاهر واما الرهن ففيه نوع تأمل لما عرف
ان قبض الرهن استيفاء للدين من مالية المرهون الا انه غير متقرر
انما يتقرر بالهلاك ولهذا لو هلك الرهن بعد استيفاء الدين يجب
عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه حيث يظهر ان الاستيفاء
قد تكرر وشبهوا الرهن بكيس وضع فيه الدراهم الدين ودفع الى الداين
يستوفي حقه مما فيه من الدراهم كذلك الرهن دفع الى الداين ليستوفي
حقه من ماليته فيه وجوابه ان قبض الدين عبارة عن استيفائه
يدا ورقبة والرهن وان كان استيفاء يدا فهو ليس باستيفاء رقبة حتى يكون
الكفن اذا مات العبد المرهون على الراهن فالامر بقبض الدين لا يكون امرا
بالرهن **فصل** **قوله** الى الشغب برانگیختن فتنه
وتباهي بسكون العين وبالتحريك لغة ضعيفة **قوله** بل هو تعبير محض
فان قلت يشكل بما لو وكل رجلين بقبض وديعة فانه يشترط اجتماعهما
حتى لو قبض احدهما بغير امر صاحبه يضمن مع ان القبض لا يحتاج فيه
الى الراي بل هو تعبير محض كرد الوديعة **اجيب** بان اجتماع الوكيلين
فيما يحتاج فيه الى الراي انما يشترط لان له في اجتماعهما من الفائدة
ما ليس في انفراد احدهما بالتصرف وفي الاجتماع في القبض ايضا من فائدة
الحفظ ما ليس في حفظ احدهما فصار التوكيل بالقبض كالتوكيل بالشراء
واما التوكيل برد الوديعة فالقياس ان يضمن احدهما بدفعها لكن في الاستحسان
لا يضمن لان احدهما بدفع الكل بغير اذن صاحبه ان صار غاصبا فالغاصب
يبرأ عن الضمان متى دفع المال الى من كان مأمورا بقبض ذلك المال
من جهة المالك كما يبرأ بالرد الى صاحب المال وههنا وصل المال الى من كان

مأمورا بالقبض من جهة الموكل قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما وذكر
انه لما ملكهما طلاقها فقد علق طلاقها بفعلهما كانه قال ان طلقتماها فهي
طالق ولقائل ان يقول ان اراد ان التفويض تعليق حقيقة فلا وجه له
للقطع بان تطليق من ملك الطلاق بالتفويض علة لوقوع الطلاق
حتى يكون الطلاق مع التطليق في زمان واحد ولو كان تطليقه شرطا
لوقوع الطلاق لوقع الطلاق بعد التطليق اذ الشروط تتعقب الشرط
ولا تقارنه وان اراد انه في معنى التعليق من حيث توقف الطلاق عليه
فالتوكيل بالطلاق ايضا تعليق لطلاقها بتطليق الوكيل من حيث التوقف
عليه في بعض الشروح نص عليه على ما مر فيجب ان لا يفترق التوكيل والتفويض
في ان تملك كل منهما التطليق في التوكيل دون التفويض وجوابه انا سلمنا
ان التوكيل بالطلاق تعليق الطلاق بتطليق الوكيل كالتفويض الا
ان توكيل الشخصين بالطلاق تعليق للطلاق بتطليق كل واحد منهما
كانه قال ايكما طلق فهي طالق لان الطلاق بعد الاختيار لا يحتاج
الى اعمال الرأي فلا يعتبر اجتماعهما على التطليق بخلاف التفويض فانه
تفويض الطلاق الى رأيهما اذ الطلاق بعد الاختيار ان كان لا يحتاج
الى الرأي فقبل الاختيار يحتاج اليه لانه قاطع للنكاح الذي ينتظم به
مصالح الدارين والمفوض ما اختار الطلاق بل فوض اختياره
الى رأي الغير فاذا فوض الى رأي الاثنين لا ينفرد به احدهما لانه
فوض اختيار الطلاق برأيهما لا برأي احدهما فكان التفويض الى الاثنين
تعليقا للطلاق بتطليقهما فلا يطلق بتطليق احدهما قوله لانه
تفويض الى رأيهما والطلاق قبل الاختيار يحتاج الى الرأي والراضي
برأي الاثنين لا يكون راضيا برأي الواحد وهذا اولى مما قيل
انه تفويض وانه تمليك فيكون التطليق مملوكا لهما فلا ينفرد احدهما
على التصرف وذلك انه وان كان تمليكا فالطلاق ليس بمتجز فيجب
ان يملك كل منهما بكماله قوله الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح
نفسه فكيف يملك انكاح غيره قلت هذا يخالف ما ذكره الاصوليون
ان الرق لا ينافي مالكية غير المال وهو النكاح والدم والحيوة الا يرى
ان نكاحه منعقد من غير اذن المولى حتى يشترط الشهود عند النكاح
لا عند الاذن ولهذا لو اعتقه المولى قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف
على اجازته لان النكاح لم يشرع خاليا من المهر وفي ايجابه بدونه
المالك اضرار به وانما يملك المولى اجباره على النكاح لما فيه من تحصين

عن الزنا الذي هو سبب الهلاك في الدنيا والاخرة باب الوكالة
بالخصومة قوله ولنا ان من ملك شيئا ملك تمامه واتمام الخصومة
وانتهاؤها بالقبض لانه ما لم يقبضه يتوهم الانكار الباطل فيحتاج الى المرافعة
ثانيا فيثبت له ولاية القبض لينتهي كذا في بعض الشروح وفيه نظر للقطع
بان الانكار الباطل بعد قطع الخصومة عند القاضي خلاف الظاهر لصيرورة
الحادثة معلومة للقاضي الا يرى ان توهم الجحود بعد القضاء لم يعتبر فيما
اذا كانت الدار في يد رجل وبرهن الاخر ان اباه مات وتركها ميراثا بينه
وبين اخيه الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يدي الذي
هو في يديه عند ابي حنيفة رض وقالا ان كان الذي في يديه جاحدا اخذ منه
وجعل في يد امين اخر وان لم يجحد ترك في يده وقد قال المصنف في وجه
ابي حنيفة رض ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت
ثابت فلا ينقض وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود
في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي هذا كلامه فانظر
انه لم يعتبر الجحود هاهنا في المستقبل بعد القضاء فكذا فيما نحن فيه والحاصل
ان الخصومة تتم بقضاء القاضي ولا يتوقف تمامها على القبض نظرا
الى الظاهر اذ الظاهر عدم الجحود في المستقبل والظاهر يصلح للدفع
فيدفع به ولاية القبض للوكيل لان تلك الولاية لم تكن ثابتة له فلو ثبت
لثبت من ذلك فالاولى ان يقال القبض متمم للخصومة من حيث ان المقصود
منها هو القبض والشيء انما يتم باتصال ما هو المقصود منه فمن كان مالكا
للخصومة كان مالكا للقبض المتمم لها ايضا قوله يملك القبض على اصل
الرواية لانه في معناه اي لان التقاضي وان كان في معنى القبض لغة
فيملك الوكيل بالتقاضي القبض باعتبار ان التقاضي عين القبض فلا
يكون نظير ما نحن فيه الا ان العرف بخلافه وهو قاض على اللغة فيراد
بالتقاضي المطالبة والقبض متمم للمطالبة لانه مقصوده فيملكه من تملكها
فيكون نظير ما نحن فيه بالنظر الى العرف قوله لا يقبضان الا معا
وقد يقال التوكيل بالقبض لم يثبت مقصودا بل في ضمن التوكيل بالخصومة
وقد صار كل واحد منهما وكيلا بالخصومة بانفراده فيجب ان يصير كل منهما
وكيلا بالقبض بانفراده ايضا كما لو وكل كلا منهما بالخصومة بانفراده
فكذا اذا وكل وكيلين لان الجمع في هذا الباب كالانفراد لا يقال
مقتضى الكلام هو الاجتماع غير انه تعذر الانفراد بضرورة ان الخصومة
لا تقبل التشعب فيتقدر بقدرها فلا يظهر في حق القبض لانا نقول

الثابت بالضرورة انما لا يظهر فيما وراه اذا لم يكن من لوازمه وضروراته
الا ترى انه لو قال رجل لغلام انه ابنه ثم مات فجاءت ام الغلام وصدقته
ثبت النكاح بينهما اقتضاء ويظهر في حق الميراث ايضا لان الارث من لوازم
النكاح فاذا ثبت ثبت مع لوازمه وان كان ثبوته بالضرورة قوله
او ابرائه قلت ذكر مسئلة الابراء على الاختلاف وهكذا ذكرها الشيخ
احمد الطواويسي رح واليه اشار محمد رح في اول وكالة الاصل وذكر
شيخ الاسلام في شرحه مسئلة دعوى الابراء على الوفاق على ان الوكيل
لا يصير خصما فيه ووجهه ان الوكيل انما يجعل خصما في الايفاء ولاثبات
من حيث ان فيه احياء حق الامر اما الاثبات فظاهر واما في الايفاء فلان
الايفاء الى الطالب وقبض الرسول سواء لان الوكيل انما يقبض ليدفع
الى الطالب وليس في دعوى الابراء احياء حق الداين بل فيه ابطاله فلا
يجعل خصما فيه قوله ولا بي حنيفة رح انه وكله بالتملك اي باخذ عين مملوك
للغير بحوله فيه والوكيل لا يتمكن من قبض ملك غير الموكل غالبا الا بالخصومة
فيكون التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة اقتضاء بخلاف التوكيل
بقبض غير مملوك له لان الوكيل تمكن من قبضه بلا خصومة غالبا فلا يكون
التوكيل توكيلا بها اقتضاء ثم قوله وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اشارة
الى تعليل اخر يتاتى في قبض الدين لا في التوكيل بالرجوع في الهبة ولله
در المصنف اشار الى التعليل بقبض الدين احدهما الاخر
اذ التعليل بانه قبض غير مملوك للغير والوكيل فيه يحتاج الى الخصومة
فيكون توكيلا بها اقتضاء يتاتى في جميع الصور سواء كان مبادلة او لا
والتعليل بكونه مبادلة تقتضي حقوقا والخصومة منها لا يتاتى في التوكيل
بالرجوع في الهبة والله اعلم قوله فاشبه الوكيل باخذ الشفعة يعني اذا اقام
المشتري البينة على الوكيل باخذ الشفعة على ان موكله قد سلم الشفعة
تقبل لكونه وكيلا بالمبادلة كذا في الشاهان وهكذا ذكر في حاشية الكبير
وفي الذخيرة الوكيل بالشفعة اذا ادعى عليه تسليم الامر لا يصير خصما
لانه انما صار وكيلا في الاثبات لانه لا يتوصل الى الاخذ الا به والمامور
بالشيء مامور بما لا يتوصل اليه الا به وهذا المعنى لا يتاتى في جانب التسليم
لان تسليم الامر لا يتوصل به الى القبض بل يبطل حقه فيه فلا ينتصب خصما
عن الموكل في ذلك هذا لفظه نعم في دعوى الابراء من الموكل على الوكيل
بقبض الدين روايتان على ما ذكرنا ودعوى التسليم على الوكيل باخذ الشفعة
كدعوى الابراء على الوكيل بقبض الدين فمن جعله خصما في دعوى الابراء وجب

ان يجعل

ان يجعل الوكيل بالشفعة خصما في دعوى تسليمها كما هو المذكور في الشاهان
وحاشية الكبير قوله الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه ولهذا يجبر
على الاداء ولو كان تمليكا محضا لما اجبر عليه كذا في الشرح وفيه نظر لان
الجبر لا ينافي معنى المبادلة الا يرى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع
مع ان التسليم اليه مبايعة من كل وجه وبهذا صرح المصنف في كتاب القسمة
حيث قال والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون فعلم ان الجبر لا ينافي
كونه مبادلة قوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض
كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك قلت كما يكون خصما قبل الاخذ في الشفعة
يكون خصما قبل القسمة وقبل الرد بالعيب وقبل الرجوع في الهبة فلا وجه
لتخصيص الاخذ بالشفعة من المسائل المذكورة فكانه اراد باخذ الشفعة
ما يقابل مسئلة الشراء بدليل انه لم يتعرض في التعليل الا الوكيل بالشراء
حيث قال والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء قوله وهذا
لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها هذا اشارة الى مطلع نكتة ابي حنيفة رح
بقوله انه وكله بالتملك يعني ان الوكيل امر بتملك مثل الدين على المديون
وذلك مبادلة ومعاوضة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة
كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا فلان هذه المبادلة تتم بالقبض وانه
بلا في مملوك الغير وقد سبقت الاشارة في قوله والوكيل بالهبة
والابداع والاعارة والقرض سفير ايضا لان الحكم يثبت فيها بالقبض
وانه يلاقي مملوك الغير فلا يجعل اصيلا فيها الى ان الحكم متى توقف
على القبض الذي يلاقي مملوك الغير لا يجعل اصيلا فيه وذلك لان
القبض تصرف في المحل وهو اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض فاما
التصرفات التي تقوم باللسان ولا تتوقف على القبض فالوكيل يجب ان يكون
اصيلا فيه لانه اصل في التكلم وكلامه مملوكه فعلى هذا التحقيق ينبغي
ان لا يجعل الوكيل بقبض الدين اصيلا وان كان هو وكيلا بالمبادلة
لان هذه المبادلة تتم بالقبض الذي يلاقي مملوك الغير الا ان يقال
ان الوكيل في التصرفات التي تتوقف على القبض الملاقي لمملوك الغير انما
لا يجعل اصيلا فيها اذا توقفت على قبض غير الوكيل كما في الهبة واشباهها اما
اذا توقفت على قبض الوكيل فهو لا ينافي كونه اصيلا فيها لان القبض فعله
والمرء يصلح اصيلا في فعله كما يصلح اصيلا في كلامه الا يرى ان الموهوب له
اصيل في عقد الهبة وان كان حكمه يتوقف على قبض يلاقي مملوك الغير
ولكن لما كان ذلك القبض فعله اعتبرناه اصيلا فيه فكذا في قبض الديون

ثم فيما اذا توقف الحكم على قبض الغير انما لا يجعل اصيلا فيه اذا لاقى القبض
مملوك الغير ايضا اما اذا لاقى مملوكه فهو اصيل فيه كالواهب اصيل في الهبة
مع ان حكمها يتوقف على قبض الغير ولكن القبض هناك يلاقي مملوك الواهب
فلا ينافي كونه اصيلا فيه هذا ولكنه لا يتمشى فيما اذا وكل بالاستيهاب
فانه لم يجعل اصيلا مع ان الحكم فيه يثبت بقبض هو فعل الوكيل فالاولى
ان يقال توقف الحكم على القبض الملاقي لمملوك الغير انما يمنع جعل الوكيل
اصيلا اذا لم يكن المحل الذي يلاقيه القبض مملوكا للموكل اصلا وما يقبض
به الدين مملوك للداين من حيث ان له ان يقبضه بلا استطلاع راى المديون
اذا ظفر بجنس حقه واما ثانيا فلانه لو كان وكيلا بالمبادلة وجب
ان يلحقه العهدة في المقبوض وليس كذلك وقد اجيب عنه بان قبض
الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكر فهو استيفاء عين الحق
من وجه فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه
العهدة عملا بهما وانما لم يعكس لان هذه المبادلة ربما لا يتوصل اليه
الا بالخصومة فلو لم يجعل خصما لشبهه باخذ العين لم يتمكن الوكيل
من الامتثال ولكن هذا غير مرضي لما ان قبض الدين مبادلة حقيقة
وانما جعل استيفاء لعين حقه لضرورة دعت اليه في بعض الاحكام
فاما ما لا ضرورة فيه فيعمل بالحقيقة الى هذا اشار المصنف قبيل
كتاب المأذون حيث قال وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين
ويقبض العين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة وهذا هو الحقيقة
فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع
فاعطي للعين حكم الدين هذا لفظه واليه اشير في الشرح ايضا في باب
السلم ولا يخفى انه لا ضرورة في لحوق العهدة الى ان يعتبر قبض الدين
استيفاء لعين حقه فينبغي ان لا يعتبر واما ثالثا فلانه قد سبق
في الكتاب ان كل عقد يضيفه الوكيل الى الموكل فحقوقه ترجع الى الموكل
دونه وقد صرح الشارح فيما بعد بان الوكيل بقبض الدين لا يستغني
عن اضافة القبض الى الموكل فينبغي ان لا يرجع اليه حقوقه فلا يكون
خصما لان الخصومة من الحقوق واما رابعا فلان القاضي اذا وكل
رجلا لقبض ديون المفقود لا يملك الخصومة اتفاقا فلو كانت الخصومة
من حقوق قبض الدين الذي هو مبادلة وجب ان يملك الوكيل من قبل القاضي
ايضا لان الوكيل من جهة المالك ومن جهة القاضي سيان في رجوع
حقوق عقد باشره وهو لا يملك الخصومة اتفاقا وجوابه انما لا يملك

الخصومة

الخصومة في الدين لعدم الفائدة اذ لا يقضى للغايب ولا على الغايب
من غير خصم حاضر عنه من قبله فلا فائدة في جواز خصومته وفي الذخيرة
الاصل ان الوكيل بقبض ملك غير الموكل خصم في الاثبات وبقبض ملك
الموكل من كل وجه ليس بخصم فيه وهذا لان التوكيل بالخصومة لم توجد نصا
لو ثبت انما يثبت ضرورة ان الوكيل لا يتوصل الى القبض الا بها الا انه
قد يمكنه الوصول بدون الخصومة بان لا يجحد وقد لا يمكن بان يجحد فاحد
الاعتبارين يوجب ان يكون خصما دون الاخر والعمل بهما في كل حكم
غير ممكن فعملنا بهما بان جعلناه خصما في التوكيل بقبض ما هو ملك الغير
دون التوكيل بقبض ما هو مملوكه ولم نعكس لانا لو جعلناه خصما في التوكيل
بقبض ملكه لزمنا ان نجعله خصما في التوكيل بقبض ملك الغير لان الحاجة
الى الخصومة ثمة اكثر فالتوكيل باخذ الشفعة خصم في اثباتها بالاتفاق لانه
وكيل بقبض ملك الغير بحق للموكل والوكيل بقبض العبد المملوك للموكل
لا ينتصب خصما بالاتفاق لانه وكيل بقبض عين هو ملك الموكل والوكيل
بقبض الدين هل هو وكيل بقبض ملكه ام ملك الغير فوقع عنده انه وكيل
بقبض ملك الغير لان المقبوض بجهة الدين ليس عين حقه لان حق الدين
والعين مع الدين يختلفان واما عندهما انه وكيل بقبض ملكه بناء على ان
المقبوض بجهة الدين عين حقه حكما حتى كان له   من غير قضاء
ولا رضاء **قلت** فالمصنف بنى ولاية الخصومة للوكيل بقبض الدين
على كونه وكيلا بالخصومة وصاحب الذخيرة بناه على ان القبض بما لا يتوصل
اليه الا بالخصومة والوكيل بالشيء وكيل بما لا يتوصل الى ذلك الشيء الا به
ويظهر ثمرة اختلاف التعليلين في ان الوكيل بقبض الدين هل يصير وكيلا
في دعوى الابراء عليه وفيه روايتان كما ذكرنا ثم تعليل الذخيرة اوضح
لان الخصومة ليست من حقوق المبادلة الا من حيث انها مما لا يتوصل
اليها الا بالخصومة فلا يملك الخصومة الا بهذا   يجب ان لا يصير
وكيلا في دعوى الابراء لانها مما لا يتوصل الى هذه المبادلة بل ذلك يبطل
حق القبض بخلاف دعوى الايفاء لان الايفاء الى الطالب كقبض الوكيل
على ان التعليل بالمبادلة لا يتاتى في التوكيل بالرجوع في الهبة لانه ليس
بمبادلة فاما تعليل الذخيرة فمطرد فتامل **قوله** والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلا بالخصومة اي الوكيل بقبض عين مملوك للموكل كالوكيل
بقبض المغصوب والوكيل بقبض الوديعة والا فالوكيل بالرجوع في الهبة
وكيل بقبض العين مع انه يكون خصما حتى لو اقيم عليه البينة بان الموكل اخذ العوض

تقبل قوله لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة ينقض بالوكيل بالرجوع
في الهبة لانه امين محض والرجوع ليس بمبادلة الا ان يمنع كونه امينا محضا
اذ المراد بكونه محضا والله اعلم ان لا يكون خصما بطريق الاقتضاء لان وضع
المسئلة بقبض عين مملوك للموكل وقبض عين مملوك له لا يحتاج الى الخصومة
فلا يكون الوكيل خصما اقتضاء بخلاف الوكيل بقبض عين غير مملوك له فانه
لا يتمكن من القبض غالبا الا بالخصومة فيثبت التوكيل بها اقتضاء فلا يكون
امينا محضا بل يكون خصما اقتضاء والحاصل ان الوكيل بقبض عين مملوك
للموكل ليس بوكيل بالخصومة لانه لو صار وكيلا بالخصومة فاما ان يكون وكيلا
بها اقتضاء او باعتبار ان المبادلة تقتضي حقوقا والخصومة منها لا وجه
الى الاول اذ الخصومة في قبض عين مملوك للموكل لا يحتاج اليها غالبا
فلا يثبت اقتضاء ولا الى الثاني لان قبض العين ليس بمبادلة تقتضي
حقوقا حتى يصير خصما باعتبار ان الخصومة من حقوق المبادلة قوله
انه خصم في قصر يده وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى شيئا
شراء فاسدا فاراد البايع الاسترداد فبرهن المشتري انه باعه من فلان
الغايب حيث لا يقبل بينته لا على البيع ولا على قصر يد البايع وايضا قصر
يد الوكيل لو ثبت لثبت في ضمن ثبوت بيع الموكل فلما لم يثبت المتضمن كيف
يثبت ما في ضمنه الا يرى انه لو شهد احد الشاهدين على الالف والاخر
على الالفين والمدعي يدعي الالفين لا يقبل شهادتهما على الالف اذ الالف
في الشهادة بالالفين يثبت ضمنا لثبوت الالفين فمتى لم يثبت الالفان
لم يثبت ما في ضمنه فكذا هنا قصر يد الوكيل انما يثبت في ضمن ثبوت البيع
فاذا لم يثبت البيع لعدم الخصم وجب ان لا يثبت ما في ضمنه ايضا فاثبات
قصر يد الوكيل بهذه البينة يحتاج الى مزيد تامل وايضا قد مر ان القاضي
لا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه بانابته او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب
سببا لما يدعيه على الحاضر فانتصب الحاضر خصما عنه وصار القضاء عليه
قضاء على الغايب كما لو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب
واقام البينة على ذي اليد وقضي به ثم حضر الغايب وانكر ذلك لم يلتفت
الى انكاره لانه صار مقضيا عليه وهنا لان المدعي لا يتوصل الى اثبات حقه
على الحاضر الا باثباته على الغايب ولا يخفى ان ما يدعيه على الحاضر هنا
من قصر يد الوكيل لا يتمكن من اثباته الا باثبات البيع على الغايب فيجب ان يجعل
الحاضر خصما عنه قوله ويصح اذا استثنى الاقرار كانه جواب عن قول علمائنا

ان الخصومة

ان الخصومة ليست بمملوكة للموكل قطعا فلا يصح التوكيل به فيراد مطلق الجواب
وبعبارة اخرى ان الخصومة من حيث هي مهجورة شرعا والتوكيل بما هو
مهجور باطل فاجاب بان التوكيل بالخصومة بمعناه الحقيقي وهو الانكار
والمنازعة لو لم يكن جائز لما صح استثناء الاقرار لانه عندنا لا استثناء
يكون هنا توكيلا بالانكار فقط وجوابه سيجيء وفي الحاشية هذا دليل
على ان الاقرار ليس بداخل في الوكالة بالخصومة لانه لو كان داخلا
لما صح استثناء لان الاقرار حق المقر له فيكون الاستثناء مبطلا لذلك
الحق وابطال الحق الغير لا يجوز فعلم بانه لو كان داخلا لما صح الاستثناء
وقد صح ثم لفظها ولا يقال انه لو كان داخلا في التوكيل بالخصومة
لكان الاستثناء متصلا وهو تكلم بالباقي بعد الثنيا فلا يلزم في الاستثناء
ابطال الحق الغير بعد تعلقه اذ الاستثناء يمنع التعلق لانا نقول لو كان
داخلا لكان دخوله بطريق البدلية دون الشمول لانه انما يدخل في هذا
التوكيل بارادة مطلق الجواب ومطلقه يتناول الاقرار على البدلية
ولا بد للمتصل من الاستثناء من التناول على وجه الشمول وانما قلنا
ان المراد بها مطلق الجواب دون العام الشامل للاقرار والانكار معا
لان وجه العلاقة بين الجواب والخصومة هو ان الخصومة جزئي من الجواب
وذكر الجزئي وارادة الكلي من باب ذكر الكل وارادة الجزء وجزئ الخصومة
هو مطلق الجواب دون العام على ان الاستثناء المتصل عمله بطريق
المعارضة عند الشافعي رحمه الله كالمنقطع فيصح ما في الحاشية على مذهبه
لكنا لا نسلم ان العلاقة هو الجزئية وان هذا من قبيل ذكر الكل وارادة
الجزء بل هو من قبيل ذكر السبب وارادة المسبب والخصومة سبب للاقرار
والانكار جميعا فيصح ان يراد بها كلاهما معا ولو سلم فالجواب لعلمائنا
عن هذا الاستدلال ان التوكيل بالخصومة يتوقف نفاذه على رضاء الخصم
فقبل رضاه بهذا التوكيل لم يتعلق حقه باقرار الوكيل فلا يكون الاستثناء
مبطلا لحقه وبعدما رضي كان راضيا بالاستثناء ايضا فلا يكون استثناؤه
ابطالا لحق الغير بوجه وفي الشرح هذه المسئلة دليل من يقول ان التوكيل
بالخصومة لا يتناول الاقرار ووجه الدلالة ان التوكيل بالخصومة لو كان
مجازا لمطلق الجواب لما صح استثناء الاقرار لان المراد من الجواب اما الاقرار
او الانكار او كلاهما بالاتفاق وفي استثناء الاقرار من الجواب استثناء
الكل من الكل وذا لا يجوز ثم كلامه وجوابه عن هذا الطريق
من الاستدلال هو انه انما يعني بالخصومة مطلق الجواب اذ لم يستثن الاقرار

واما اذا استثنى فالمراد بها هو الانكار والاستثناء منقطع او المراد بها الاقرار
والانكار جميعا والاستثناء متصل فاذا كان المراد بها عند استثناء الاقرار
حقيقتها او العام الشامل للحقيقة والمجاز معا لم يكن استثناء الكل من الكل
على ما قدره الشارح ولا ابطال حق الغير على ما قدره فى الحاشية **قوله** وصحته
يتناول ما يملكه قطعا ان اراد بالملك ان يكون حلالا له فيما بينه وبين الله تعالى
فلا نسلم انه شرط لصحة التوكيل بل الشرط هو الملك بمعنى ان يعتبر ذلك
منه ولا شك ان ما وجد من الخصم من الاقرار والانكار فهو معتبر شرعا **قوله**
ولو استثنى الاقرار فعن ابى يوسف رح انه لا يصح جواب عن قوله ويصح اذا
استثنى الاقرار اى لا نسلم انه يصح اذا استثنى الاقرار بل روى عن ابى يوسف
انه لا يصح قلنا ان نمنع **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا مسئلة مبتدأة
ليست بداخلة فى الاستشهاد **قوله** مالا انه خرج بمقابلة الخصومة فيكون
الاقرار مجاورا للخصومة والمجاورة بينهما لا تكون الا فى مجلس القضاء غالبا
فلا تسمى خصومة الا الاقرار فى مجلس القضاء لانه المجاور للخصومة غالبا
قوله ولانه سبب اى الاقرار انما يسمى خصومة لان الخصومة سببه وسببه
هو الخصومة فى مجلس القضاء لانها المفضية الى الجواب غالبا فكان مسببها
هو الاقرار فى مجلس القضاء فيختص تسمية الاقرار بالخصومة مجازا به ضرورة
وقد يقال يكفى لصحة الاستعارة السببية فى الجملة فجاز ان يراد بالخصومة
مطلق الاقرار سواء كان فى مجلس الخصومة او غيره لان الخصومة سبب
الاقرار فى الجملة وان لم يكن سببا له فى غير مجلس القضاء الا يرى انه لو قال
لامرأته الحرة حررتك ونوى به الطلاق صح لمكان السببية مع ان التحرير
ليس بسبب لزوال ملك المتعة فى الحراير ولكنه لما كان سببا فى الجملة
جوزنا استعارته للطلاق فى الحراير فالظاهر ان يقال المراد بالتوكيل
بالخصومة هو التوكيل بما يستحق عليه من الجواب والاقرار فى غير مجلس القضاء
ليس بمستحق عليه فلا يتناوله التوكيل الا ان يقال السببية فى الجملة وان
كان يكفى للاستعارة فاعتبارها فى محل الاستعارة احق عند امكانها
وهنا يمكن اعتبارها فى محل الاستعارة فلا يعتبر مطلقا والله اعلم
قوله لو كيل من يعمل للغير يشكل بان الوكيل بالبيع اذا باع ووكل موكله
بقبض الثمن جاز مع ان الموكل فى قبض الثمن عامل لنفسه وجوابه ان المراد
بالعمل للغير هو اعانة الغير فى مؤنة والموكل بالبيع اذا توكل من وكيله بقبض الثمن
يصير معينا له فيما عليه من القبض وان تضمن ذلك منفعته ايضا اما الكفيل
فلا يصلح وكيلا بقبض الدين لانه واجب عليه فلم لا يصلح معينا للغير فيما هو

مستحق عليه وهذا هو الجواب عن توكيل المديون بابراء نفسه عن الدين
لانه معين له فقد يحتاج الداين الى ابراء الدين على وجه لا يرتد برده والابراء
على هذا الوجه لا يتحقق الا اذا ابرأ المديون نفسه عن الدين وما قيل
فى الجواب عنه انه انما يصح لانه تمليك كما فى طلقى ففيه نظر اذ التمليكات
تقتصر على المجلس وتوكيل المديون بابرائه الدين لا يقتصر عليه هذا ولكنه
انما يتم اذا كان قبض الدين على الوكيل ثم توكل موكله به فاما اذا لم يبق على الوكيل
شئ من الحقوق بان عزل رب المال المضارب وفسخ المضاربة وفى المال
ديون على الناس وليس فى المال ربح فانه لا يجب على المضارب الاقتضاء ولكن
توكل رب المال به فيقبضه بوكالة منه فهذا التوكيل صحيح وليس الوكيل فى هذا
معينا لغيره فيما عليه لانه ليس على الوكيل الذى يعمل بلا اجر اتمام العمل بعد العزل
فالاولى ان يقال المراد بالعمل للغير هو ان يكون نائبا عن الغير فى هذا العمل
ولا يكون اصيلا والكفيل اصيل فى قبض الدين فلا يصلح نائبا عن الغير والابراء
تصرف لا يملكه المديون بنفسه انما يملكه الداين فيصلح المديون نائبا عنه فى ذلك
والله اعلم **قوله** ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها
لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام لازمه **قلت** كيف يكون
قبول قوله ملازما للوكالة لكونه امينا والامانة لا يلزم الوكالة فالضمان
يجامعها كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب وبالجملة ان الغاصب اذا توكل
ببيع المغصوب جاز ثم ان كان قوله مقبولا فى بيعه يشكل قوله لكونه مبرئا
اذ الغاصب ايضا مبرئ نفسه بدعوى البيع والا وجب ان لا يصح وكالته
لانعدام لازمه كالكفيل **قوله** وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن
قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين اى للغرماء اختيار وان شاء ضمن المولى
وان شاء ضمن العبد جميع الدين كذا فى الحاشية وفى الكافى كان المولى كفيلا
عن العبد **قلت** وفى كتاب الماذون اذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون
فعتقه جايز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق
به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق
لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقى الباقى عليه
كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره هذا كلامه
قوله فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لان المولى
يصير عاملا لنفسه فى اسقاط ضمان القيمة عن ذمته كذا فى الكافى **قلت**
هذا يشعر بان توكيل المولى بقبض ما على العبد من المال انما يبطل بقدر القيمة
اما فيما زاد عليه فيجب ان لا يبطل التوكيل لانه فى قبض ما زاد عليه ليس بعامل لنفسه

والمصنف اطلق البطلان ولم يقيده بقدر ما وجب على المولى من قيمة العبد
وكان ينبغي ان يقيد به **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض ديونه
وذكر في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الديون
توكيل بالاستقراض معنى لان الديون يقضى بامثالها فما قبضه رب الدين
من المديون يصير مضمونا عليه دل على غريمه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا
وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل
بقبض الدين رسالة بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من الاضافة
الى المرسل بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لابد
للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني فلان
اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه
فيقول اقرضني فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض
جايز هذا لفظه **وفيه نظر** لما سبق ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة
وان حقوقها من الخصومة وغيرها يرجع اليه فلو كان الوكيل به رسولا
بالاستقراض لما كان خصما كالرسول فالظاهر ان الامر بقبض الدين
توكيل بالمبايعة دون الاستقراض اذ المديون كانه يبيع هذا العين
بدين للموكل عليه الى هذا اشار في السلم وغيره ولو سلم ان قبض الديون
استقراض فالتوكيل بالاستقراض انما يبطل من حيث ان الموكل لا يملكه
لكونه امرا بالتصرف في حق الغير اما الموكل هنا فيملك قبض الدين فيملك الامر
به ايضا على ان ثبوت الدين في الذمة بمنزلة ايجاب وقبول يجري بين الداين
والمديون للاستقراض وقد صحت الرواية بان التوكيل بقبض القرض بعدما جرى
الايجاب والقبول جايز فكذا هنا **قوله** لاحتمال الاجازة ولان من باشر
التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه يشكل بما اذا باع
متاع غيره فضوليا فله ان يفسخ قبل الاجازة وكذلك المشتري من الفضولي
ان يفسخ قبل الاجازة وليس هنا الا نقض تصرف باشر لغرض قبل وقوع
الياس عن ذلك الغرض ومع احتمال الاجازة **قوله** ولو ادعى انه مات ابوه
وترك الوديعة ميراثا له وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله
بعد موته فقد اتفقا انه مال الوارث وقد يقال ان التركة قبل الصرف
الى الوارث مبقاة على ملك الميت حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه
منها صرح به المصنف في كتاب القسمة حيث قال الشركاء اذا حضروا عند
القاضي وفي ايديهم دارا وضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها
القاضي عند ابي حنيفة رض حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته

لان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت
الزيادة ينفذ وصاياه منها ويقضى ديونه منها واذا كان قضاء على الميت
والاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة هذا لفظه فاذا كانت التركة
قبل القسمة والصرف الى الوارث مبقاة على حكم ملك الميت كان اقرار
المودع اقرارا على الغير فينبغي ان لا يعتبر ولا يؤمر بالدفع **قوله** فانه يدفع
المال لان الوكالة قد يثبت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا وقبضه ولم يدفع
الثمن اليه فادعى عيبا لم يجبر المشتري على دفع حتى يحلف البايع او يقيم البينة
على رضاه بالعيب وقد علل بانه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض
القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه هكذا ذكر في خيار العيب فينبغي
ان لا يقضى به بدفع المال الى الوكيل ايضا اذا ادعى الاستيفاء فلعله
يقيم البينة على الاستيفاء او يحلف الموكل فينكل فينتقض القضاء فلا يقضى
به صونا القضائه عن البطلان ووجه الفرق ان تاخير القضاء اذا تضمن
تاخير حق العبد لا الى وقت معلوم لا يجوز وان كان فيه توهم النقض
لان القضاء حق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجته والتاخير لا الى وقت
معلوم يجري مجرى الابطال وفيما نحن فيه لو اخر القضاء الى استحلاف
صاحب المال التاخر لا الى وقت معلوم لان رب المال غايب ووقت
حضوره غير معلوم وحق الاستيفاء للوكيل قد ثبت فلا يؤخر لا الى غاية
بخلاف مسئلة العيب لان التاخير هناك الى وقت معلوم لان البايع
حاضر امكن للمشتري استحلافه في الحال فيظهر الحق فليس فيه التاخير لا الى غاية
ثم قوله بمجرد دعواه اشارة الى انه لو ثبت الاستيفاء بالبينة كما هو مذهب
ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرى الوكيل باستيفاء الدين خصما لم يكن له
حق القبض وعندهما ان لم يثبت الاستيفاء باقامة البينة على الوكيل
ثبت قصرا لان موجب هذه البينة شيئان ثبوت الاستيفاء
والوكيل ليس بخصم فيه عندهما وقصر يد الوكيل وانه خصم فيه كما في مسئلة
الوكيل بالنقل والله اعلم **قوله** لانه نايب والنيابة لا تجري في الايمان
بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق ثبت للوارث فكان الحلف
بطريق الاصالة دون النيابة كذا في الكافي وهو مشكل لما مر فيه من قوله
ولو مات رب العبد قبل حضوره وورثه بايعه وجحد الامر وبرهن
لا يقبل بينته وان برهن اي البايع على اقرار مشتريه بعدم الامر
اي بان المالك لم يامره بالبيع بعد موته يقبل بخلاف ما لو برهن على هذا

في حيوة رب العبد فانه لا يقبل لان في حيوته ان قبلت بينة البائع على هذا
الوجه فانما تقبل من حيث انه اصل ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد
الموت انما يقبل بينة البائع من حيث انه نايب عن الميت والميت لو ادعى
بنفسه في حيوته لا يكون متناقضا فكذا نايبه هذا كلامه فقد صرح
بان الوارث نايب عن الميت لا اصيل اذ لو كان اصيلا لما قبلت البينة
من البائع على اقرار مشتريه بعدم الامر بعد موت المالك كما لا تقبل
في حيوته ثم قوله بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم يشير الى ان الوكيل
كما لا يحلف على البتات لا يحلف على العلم ايضا حتى اذا جاء الوكيل فقبض
الدين فادعى المديون ان الداين قد قبض دينه ولا بينة له يؤمر بالدفع الى الوكيل
واذا حضر الداين وانكر القبض يستحلف ولا يستحلف الوكيل بالله
ما تعلم ان الموكل قد قبض الدين لان الوكيل نايب قال في شرح الوقاية
اقول ان ادعى المديون انك تعلم ان الموكل قبض الدين وانكر الوكيل
العلم ينبغي ان يستحلف لانه ادعى امرا لو اقر به لزمه ولم يسلم طلب الدين
فاذا انكر يستحلف هذا كلامه قوله بخلاف مسئلة الدين اي يؤمر
المديون بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الموكل وهذا اذا كان
الموكل غايبا ظاهر اذ التاخير حينئذ الى تحليفه تاخير لا الى غاية معلومة
وانه يجري مجرى الابطال اما اذا كان حاضرا فيجب ان لا يقضي بدفع المال
الى الوكيل قبل تحليف الموكل لانه لو قضى بالدفع ثم يحلف الموكل فينكل
وجب استرداده فينتقض القضاء فلا يقضي صونا للقضاء عن البطلان
كما اذا ادعى المشتري عيبا فانه لم يجبر على دفع الثمن اذا كانت له بينة حاضرة
لانه لو امر بالدفع فلعله يقيم البينة على العيب فينتقض القضاء فلا يقضي
صونا للقضاء عن البطلان وقد مر في الكتاب قوله لان القضاء
بالفسخ ماض على الصحة الخ قلت ذكر في الذخيرة اذا كانت الجارية في يد
الوكيل بالشراء فاراد ردها بالعيب فادعى البائع رضاء الآمر بالعيب
لم يصدق من غير بينة لان حق الرد ثبت للوكيل ظاهرا وهو يريد ابطاله
فلا يقدر عليه الا بحجة فان لم يكن له بينة ورد الوكيل الجارية ثم حضر الآمر
فادعى الرضاء واراد اخذ الجارية وابى البائع وقال نقض القاضي البيع
لا يلتفت الى قوله لانه مع الآمر تصادقا ان الجارية ملك الآمر لانه ادعى
رضاء الآمر به وصدقه الآمر بذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار
وفي هذا التصادق ظهر ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاءه به نفذ
ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على ملك الآمر في الباطن فكان للآمر ان يأخذها

وبعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد رح واما على قول ابي حنيفة فلا سبيل
للآمر على الجارية وبعضهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح ووجهه ان نقض
القاضي ههنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما كان لجهله
بالدليل المسقط للرد وهو رضاء الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه
وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمه نص
بخلافه هذا كلامه فظهر ان ما ذكر في الكتاب من انه لا يرد عليه حتى يحلف
المشتري قول البعض اما على ما هو الاصح من ان القضاء بالفسخ انما ينفذ
باطنا اذا كان بدليل يوجب الفسخ فيجب ان يصح الرد عليه قبل تحليف المشتري
اذ التدارك ممكن وايضا قبض الدين اعتبر مبادلة وبيعا اشار به المصنف
في غير موضع من كتابه فكان القضاء بالايفاء قضاء بالمبادلة والبيع
فيجب ان ينفذ ظاهرا وباطنا كالقضاء بساير العقود قوله وقيل الاستحسان
والقياس في قضاء الدين لانه اي القضاء ليس بشرى وقد يقال بل هو
شرى كانه وكله بان يشتري ما عليه بما دفع اليه من الدراهم وذلك
لما عرف ان قضاء الدين مبادلة في الحقيقة غير انه اعتبر قبض عين الحق
في حرمة الاستبدال في باب الصرف والسلم فبقي فيما وراء الضرورة
على الظاهر

باب عزل الوكيل

قوله الا اذا
تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب قلت
ظاهر كلام المصنف رح يشعر بان الموكل لا يملك عزل الوكيل بالخصومة
اذا كان بالتماس الطالب الا برضاء الخصم كما هو مختار بعض مشايخنا بناء
على التشبيه بالوكالة التي تضمنها عقد الرهن حيث لا يصح عزل الوكيل
فيها الا برضاء المرتهن سواء كان حاضرا او غايبا ولكن ذكر في الخلاصة
ان ما قال بعض مشايخنا خلاف الرواية حيث قال المدعى عليه اذا وكل
بطلب المدعي لا يملك عزله وهذا اذا عزله بغيبة الخصم اما اذا كان عزله
بحضرته صح عزله وقال بعض مشايخنا لا يملك عزله الا برضاء الخصم وهذا
خلاف الرواية الى هنا كلامه وفي الذخيرة ان كانت الوكالة بالتماس الطالب
لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به او سخط لان بالتوكيل
ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو ان يخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل
حال غيبته يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب
ربما يغيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا واما اذا كان
المطلوب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل
يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه ان ينصب وكيلا آخر ونظيره

ما اذا شرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع حيث لا يملك عزله
حال غيبة المرتهن لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق
الا ان فرق ما بينهما ان عزل الوكيل حال حضرة الطالب صحيح وان لم يرض به
وعزل العدل حال حضرة المرتهن لا يصح من غير رضاه والفرق انه لو صح عزل
الوكيل بالخصومة حال حضرة الطالب لا يبطل حقه اصلا لانه يمكنه ان يخاصم
المطلوب ولو صح عزل الوكيل بالبيع في الرهن حال حضرة المرتهن يبطل حقه
في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع قوله بطلب من جهة الطالب
احتراز عما اذا كان لا بطلب من جهته لانه صح العزل حينئذ وان كان
الطالب غائبا فان قلت وجب ان لا يصح العزل فيه ايضا الا برضا الخصم
وحضرته لتعلق حقه بهذا التوكيل وان كان بغير طلبه اجيب بان الخصم
متى لم يلتمس التوكيل مع علمه بان الموكل ربما يغيب ولا يمكنه الخصومة معه فقد
رضي ببطلان حقه اذ ليس في صحة العزل الا ذلك وفيه نظر اذ غاية
الامر انه متى لم يلتمس فقد رضي بان لا يثبت له حق اثبات المدعى على الوكيل
والرضاء بعدم ثبوت الحق لا يكون رضاء ببطلانه بعد الثبوت بل الجواب
ان التوكيل بالخصومة كما يصلح حقا للطالب يصلح حقا للمطلوب من حيث
انه يسقط عنه مؤنة الجواب والخصومة فمتى كان بالتماس الطالب يعتبر
حقا له لان المقصود حينئذ هو تمكين الخصم من اثبات الحق عليه ومتى كان
لا بالتماس يعتبر حقا للمطلوب لان الظاهر ان المقصود حينئذ هو
نفع المطلوب وان كان ينتفع به الطالب ايضا لان الاعتبار للمقاصد
فان قلت متى تعلق حق الخصم بالتوكيل وجب ان لا يصح العزل الا برضاه
بالاجماع لان ابطال حق الغير بلا رضاه باطل اجماعا فما وجه من لم يشترط
رضاه اجيب بان الموكل ربما يحتاج الى عزل الوكيل فلو توقف على رضا الخصم
لتضرر به فوق ما يتضرر به الخصم اذ الخصم يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بالمخاصمة
مع الموكل او طلب وكيل اخر بخلاف الموكل حيث لا يمكنه دفع ما يتوهم من الضرر
ببقائه وكيله فكان حقه اولى بالرعاية من حق الخصم قوله ويستوي الوكيل
بالنكاح اي بتصرف لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل وغيره اي غير النكاح
من التصرف الذي يرجع فيه الحقوق الى الوكيل للوجه الاول وهو قوله من حيث
ابطال ولايته قوله لان التوكيل تصرف غير لازم وقد يقال التوكيل
قد يلزم كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن مع انها تبطل بموت الموكل وجنونه
لاطلاق المسئلة اللهم الا ان يقيد المسئلة بما اذا كان التوكيل غير لازم
كما يفيده في الحاشية وايضا بعض التصرفات غير لازم كالبيع بشرط الخيار

مع انه

مع انه لا يبطل بموت العاقد بل يلزم الا ان لا يعتبر عدم اللزوم بالعارض
قوله فيكون لدوامه حكم ابتدائه وفيه بحث لما ذكر في الكافي في كتاب
الشركة حيث قال ان امر احد المفاوضين رجلا بشري عبد بالف ولم
يدفع اليه الثمن فنقضا عقد المفاوضة وفاوض كل واحد رجلا اخر
ثم اشترى المامور عبدا وهو يعلم بنقضهما اولا فالشري للامر خاصة
ولا يكون للشريك الاول منه شيء لان نفاذ توكيله عليه يثبت ضمنا
للمفاوضة فيبطل ببطلان المتضمن بلا شرط علم لانه عزل حكمي ولا للثاني
لان الملك في المشترى انما يقع للامر بسبب سابق على شركة الاخر وهو التوكيل
السابق ولولا ذلك التوكيل لما وقع الملك له في العبد والملك اذا وقع
لاحد الشريكين بسبب سابق على الشركة لا يشاركه الاخر فيه هذا كلامه
فلو اعتبر بقاء التوكيل كابتدائه وجب ان يقع العبد المشترى بين الامر
والشريك الثاني كما لو وكل بعد الشركة معه ولئن قيل التوكيل
في حالة البقاء في حكم الابتداء وليس بابتداء التوكيل حقيقة وكونه
في حكم الابتداء وان كان يقتضي ان يقع المشترى على الشركة فجهة كونه
ليس بابتداء التوكيل حقيقة يقتضي ان لا يقع فلا يقع على الشركة بالشك
قلنا فيجب ان لا يبطل بالموت والجنون ايضا لان جهة كونه في حكم الابتداء
ان كان يوجب البطلان فجهة الحقيقة لا يوجبه فلم يكن باطلا فلا
يبطل بالشك وايضا لو كان بطلان الوكالة بالجنون باعتبار ان
لبقائه حكم ابتدائه لاستوى الجنون المطبق وغير المطبق لان ابتداء التوكيل
لا يتحقق مع جنون الموكل وان لم يكن مطبقا فكذا بقاؤه الا ان يقال
لبقائه حكم ابتدائه وليس بابتداء حقيقة فقلنا يبطل بالمطبق من الجنون
دون غيره عملا بالجهتين قوله لانه يسقط به جميع العبادات وقد يقال
بل يبقى عليه بعض العبادات ايضا كالحج فانه لا يسقط بجنون سنة قوله
احتياطا اي اخذا بالمتيقن اذ المبطل للوكالة انما هو كونه في حكم الميت
ولا يأخذ حكم الميت يقينا الا بسقوط جميع العبادات عنه والا فما لم يسقط
البعض لا يأخذ حكم الميت يقينا لانه حي في حق البعض قوله الحكم المذكور
في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده قلت الحكم
المذكور هنا انما هو بطلان توكيل المرتد باللحاق اي بقضاء القاضي باللحاق
اذ اللحاق قبل تقرره بالقضاء غير معتبر وهذا مما لا نزاع فيه لانهما ايضا
يقولان ببطلان وكالته باللحاق المتقرر بالقضاء غير ان البطلان عنده
مستند وعندهما مقتصر انما يتحقق البطلان باللحاق المتقرر بالقضاء فلا نزاع

فيه

وبالجملة ان ما هو المذكور في الكتاب من بطلان وكالة المرتد باللحاق بدار
الحرب فلا نزاع فيه بين ابي حنيفة وصاحبيه وما فيه النزاع من توقف
وكالته بعد الردة عنده او نفاذه عندهما فليس بمذكور في الكتاب
لا يقال يمكن ان يحمل المذكور في الكتاب على بطلان الوكالة مستندا
الى وقت وجودها فيكون قول ابي حنيفة رضي الله عنه خاصة لانهما
يقولان باقتصار البطلان على وقت اللحوق لنفاذ التصرف عندهما
وتوقفه عنده لانا نقول كما يمكن الحمل على ذلك فيكون المذكور قول ابي حنيفة
يمكن الحمل على البطلان المقتصر فيكون المذكور قولهما فلا وجه لتخصيص حمله
على قول ابي حنيفة مع احتماله قولهما ايضا ثم لا يقال جاز ان يكون الاختلاف
في ان بطلان الوكالة بمجرد اللحوق او بعد ما قضى القاضي باللحاق وحينئذ
في وجه قوله او لحق بدار الحرب وفي وجه قولهما او يحكم بلحوقه لانا نقول
هذا غير جائز لما مر في السير انه اذا عاد مسلما قبل القضاء فانه لم يزل
مسلما لان اللحوق لما احتمل العود لم يستغن عن القضاء فان عاد قبل القضاء
جعل كان لم يكن كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض وقضى بفسخ البيع لاجل
قضائه بعوده من اباقه وان لم يقض بالفسخ جعل كانه لم يابق حتى بقي
العبد على حاله كذا هنا كذا في الكافي وانه اشارة الى ان القضاء باللحوق
شرط عند الكل حيث ذكره من غير خلاف وذكر هناك ايضا تصرفات
المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول الهبة وباطل اتفاقا كالنكاح ومختلف
في توقفه كالبيع والشرى والاجارة والعتق والتدبير فعنده يتوقف
هذه التصرفات ان اسلم بعد وان مات او قتل على ردته او قضى بلحاقه
تبطل وعندهما تنفذ هذه التصرفات هذا كلامه فقد اشار في قوله
او قضى بلحاقه في وجه قول ابي حنيفة الى انه لا عبرة لنفس اللحوق بلا قضاء
عنده ايضا وايضا ذكر ثمة وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه
عتق مدبروه وامهات اولاده وللغى طلاقه المعلق وحلت الديون التي
عليه وانتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وقال الشافعي
تبقى موقوفا بعد لحاقه كما كان قبله لانه نوع غيبة فلا يتغير به حكم ماله
كما لو كان مترددا في دار الاسلام اذ الداران في حكم واحد عنده ولنا
انه باللحاق التحق بالاموات لانه صار حربيا حقيقة وحكما والحربي
في دار الحرب كالميت في حق المسلمين لانقطاع ولاية الالزام عليه
كما انقطعت عن الموتى الا انه لا بد من القضاء لاحتمال العود الى دارنا
فاذا اتصل به قضاء القاضي جانب عدم العود صار محكما هذا كلامه

وهذا

وهذا ايضا اشارة الى ان القضاء باللحوق شرط عند علمائنا بالاتفاق
الا انهم كثيرا ما يذكرون اللحوق ويريدون اللحوق المعتبر المعهود وهو
اللحوق المقترن بالقضاء يفصح عن ذلك بصيح كلامهم نعم ذكر
وان حكم بلحاقه عتق مدبروه والقضاء باللحاق شرط
في ظاهر الرواية وفي بعض الروايات يكتفي بمجرد اللحوق وهذا ايضا
لا يوجب ان يكون القضاء باللحاق شرطا عندهما ولا يكون شرطا عند
ابي حنيفة رحمه الله بل ظاهره يشعر بانه شرط عند الكل في ظاهر الرواية
وليس بشرط عندهم في بعض الروايات وبالجملة فجعل المذكور هنا
من قوله ويبطل الوكالة باللحوق مرتدا قول ابي حنيفة خاصة وتعليله
بان تصرفات المرتد موقوفة عنده وجعل قولهما في بطلان الوكالة
باللحوق مرتدا خلاف قوله وتعليله بنفاذ تصرفات المرتد عندهما مما يحتاج
الى مزيد تامل فكانهم ارادوا ان الحكم المذكور في اللحوق على قول ابي حنيفة
اظهر لان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة وبطلان
الموقوف اظهر من بطلان البات قوله واذا وكل المكاتب ثم عجز
او المأذون له ثم حجر عليه هذا اذا كانت الوكالة بالبيع والشرى
اما اذا كان التوكيل بقضاء الديون او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل
بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط
المطالبة عنه بالحجر عليه وله ولاية المطالبة باستيفاء ما وجب فاذا
بقي حقه بقي وكيله على الوكالة قوله او الشريكان فافترقا اي وكل
احد الشريكين الثالث ثم نقضا الشركة تبطل الوكالة قلت هذا
ليس بجري على ظاهره لما ذكرنا من الكافي في متفرقات الشركة ان امر احد
المفاوضين رجلا بشرى عبد بالف ولم يدفع اليه الثمن فنقضا عقد المفاوضة
وفاوض كل رجلا آخر ثم اشترى المأمور عبدا وهو يعلم بما فعلهما او لا
فالشرى للآمر خاصة ولا يكون للشريك الاول منه شيء لان نفاذ
توكيله عليه ثبت ضمنا للمفاوضة فيبطل ببطلان المتضمن ولا للثاني
لان الملك في الشرى انما يقع للآمر بسبب سابق على الشركة ولولا ذلك
التوكيل لما وقع الملك له في العبد والملك اذا وقع لاحد الشريكين بسبب
سابق على الشركة لا يشاركه الآخر فيه هذا كلامه وانه تصريح ببقاء توكيل
احد الشريكين غيره بالشرى في حق الموكل وبطلانه في حق الشريك
خاصة فعلم ان فسخ الشركة انما يوجب بطلان توكيل احدهما بالشرى
في حق صاحبه لا في حق نفسه وفي الكافي ثمة ايضا ولو دفع احدهما

اى احد المفاوضين اليه اى الى رجل كزبر وامره بشراء عبد فاشترى بكر
مثله فى الذمة جاز استحسانا لانه امره بالشراء بكر وسط وقد اشترى
به فان لم يشتر الوكيل حتى نقضا المفاوضة وفاوض كل الاخر ثم اشترى
الوكيل فان علم بمناقضتهما سلم العبد للامر وان لم يعلم فهو بين الامر
وشريكه الاول والفرق انه لو انعزل وقد سلم الكر يضمن نصفه للشريك
فيتضرر به بخلاف ما اذا لم ينقض هذا كلامه وانه تصريح بان توكيل احد
المفاوضين انما يبطل فى حق الشريك بنقضهما الشركة بعد نقد الثمن اذا
علم بمناقضتهما اما اذا لم يعلم به يبقى وكيلا فى حق الامر وشريكه جميعا ويكون
المشترى بينهما ثم فى المسئلة الاولى اشارة الى ان توكيل احد المفاوضين
انما يبطل فى حق صاحبه بنقضهما المفاوضة اذا ثبت التوكيل فى حق صاحبه
فى ضمن الشركة بلا قصد منه اما اذا وكلا رجلا بالشرى وثبت التوكيل
بامرهما صريحا فانه لا يبطل بنقضهما الشركة الا يرى انه لا يبطل بعد النقض
فى حق الامر انما يبطل فى حق من ثبت التوكيل منه ضمنا فاذا كان الامر منهما
جميعا وجب ان لا يبطل الوكالة بنقض الشركة فى حقهما جميعا فعلى هذا
وجب ان يأول قوله او الشريكان فافترقا باحد الشريكين لما ذكرنا ان
الشريكين اذا وكلا رجلا ثم افترقا وجب ان يبقى وكيلا قوله فهذه الوجوه
تبطل الوكالة هذا فيما لم يله الوكيل اما فى الذى وليه الوكيل بنفسه كما فى المفاوضة
فلا تبطل الوكالة بالافتراق لانه ذكر فى المبسوط واذا وكل احد المفاوضين
وكيلا بشئ هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا على انه لا شركة بينهما ثم امضى
الوكيل ما وكل به وهو يعلم ولا جاز عليهما لان توكيل احدهما فى حال بقاء المفاوضة
كتوكيلهما فصار هو وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة كذا فى الشرح
وهذا يخالف ما ذكرنا من الكافى فانه تصريح بانتقاض الوكالة بنقضهما المفاوضة
ولكن فى حق الشريك لا فى حق الموكل وما ذكر من المبسوط تصريح بان توكيل احد
المفاوضين لا يبطل بنقضهما المفاوضة اصلا ثم الظاهر ان قوله فى المبسوط
بشئ هو وليه احتراز عما اذا لم يكن الوكيل وليا لتصرف وكل به كما اذا وكل
المحرم بشرى الصيد وبيعه او وكل المسلم بشراء خمر او خنزير فان هذا التوكيل
باطل فلا يصلح تقييدا لقوله فهذه الوجوه تبطل الوكالة بقوله وهذا فيما لم يله الوكيل
كما فعله الشارح لظهور ان التوكيل فيما لم يله الوكيل من التصرف لما كان باطلا
فى نفسه لا تبطله هذه الوجوه من موت الموكل وجنونه ولحاقه بدار الحرب
مرتدا اذ المبطل انما يؤثر فى الصحيح لا فى الباطل هذا ان جعل الضمير فى قوله
بشئ هو للوكيل كما هو الظاهر لقربه اما اذا جعل لاحد المفاوضين فالتمسك

برواية المبسوط على قوله وهذا فيما لم يله الوكيل فاسد قوله فهذه الوجوه
اى الوجوه المعترضة من العجز والحجر والافتراق اذا اعترضت على الموكل
تبطل وكالة وكيله فى العقود والخصومات لا فى تقاضى الدين الذى وليه المكاتب
او قبضه لان عجزه يوجب الحجر عليه من انشاء التصرفات لا عن قضاء الدين
واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك كذا فى الشرح فبهذا ظهر
ان الصواب ان يقول الشارح بدل قوله هذا اذا لم يله الوكيل بنفسه
يعنى بعد تحقق هذه العوارض
الى اخره هذا فيما اذا لم يله الموكل بنفسه اما الذى وليه الموكل بنفسه من قضاء
بعد تحقق هذه العوارض
الديون او اقتضائها فلا يبطل فكانه اراد بالوكيل احد الشريكين لانه وكيل
فى المفاوضة من جهة صاحبه او تصحيف الموكل ولكن التمسك برواية المبسوط
يأباه وبالجملة ان ما ذكره الشارح من التقييد بقوله وهذا فيما اذا لم يله
الوكيل ثم التمسك على ذلك برواية المبسوط يحتاج الى مزيد تأمل سواء
جعل الضمير فى قوله بشئ هو وليه للوكيل او لاحد المفاوضين كما ذكرنا قوله
لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل فيتصرف بمعانى قائمة
به وانما عجز لعارض اللحاق بتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا ولابى يوسف رح اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية
اصل التصرف باقية وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق التحق بالاموات
وبطلت الولاية ولا يعود وكيلا قلت بهذا ظهر ان التوكيل اسقاط عند
محمد اثبات عند ابى يوسف وقد اجمعوا ان الاسقاطات تقبل التعليق
بالشرط والاثباتات لا تقبله والتوكيل يقبل التعليق بالشرط اتفاقا
فلو كان التوكيل اثباتا عند ابى يوسف رح لما قبل التعليق بالشرط والله اعلم

كتاب الدعوى

قلت الدعوى اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة
كذا قيل فان قلت ذو اليد اذا قال عند دعوى الخارج هذا الذى يدعيه
لم يكن ذلك دعوى مع انه اضاف الشئ الى نفسه عند المنازعة وايضا
قول الخارج هذا الذى فى يديك لى قبل انكار ذى اليد دعوى ايضا
مع ان الحالة قبل الانكار ليست بحالة المنازعة اجيب اما عن الاول فلان
المراد بالشئ المذكور فى تعريف الدعوى هو الشئ الذى ليس بسالم له بحكم
الظاهر فلا يدخل فيه اضافة ذى اليد ما فى يديه الى نفسه لسلامته له بظاهر
اليد واما عن الثانى فلان المراد بالمنازعة ما يعم المنازعة المحققة والموهومة
ومنازعة ذى اليد عند اضافة الخارج ما فى يديه الى نفسه موهومة
بالظاهر قوله وهذا حد عام صحيح فان قلت كيف يكون صحيحا ومعرفة
صحة الجبر وعدمه يتوقف على معرفة المدعى والمدعى عليه فلو عرف المدعى

بمن لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه بمن يجبر على ذلك كان دورا
نجوابه انه تعريف للخفي بما هو اشهر منه فيما بينهم كما عرفوا الاجير المشترك
بمن لا يستحق الاجر حتى يعمل وسيأتيك ان شاء الله تعالى قوله لان الاعتبار
للمعانى دون الصور فان قلت يشكل بما لو مات المحتال عليه فقال المحتال
مات مفلسا وعاد دينى الى المحيل وقال المحيل مات مليا ولم يعد الدين الى
فالقول قول المحتال لانه متمسك بالاصل مع انه فى المعنى يدعى عود الدين
الى ذمة المحيل وهو ينكر فيجب ان يعتبر المعنى كما فى مسئلة المودع اذا قال
رددت الوديعة وكما اذا اوصى لفقراء بنى فلان فقال واحد منهم انا فقير
وقالت ورثة الموصى انه غنى فالقول للورثة وان كان الموصى له منكر الغناء
متمسكا بالاصل وهو الفقر لانه يدعى استحقاق الوصية معنى والورثة ينكرونه
قلنا انما يجب اعتبار المعنى اذا تعينت فيه جهة الانكار وجهة الدعوى
اما اذا تعارضت الجهتان فيه بان كان انكارا من وجه ودعوى من وجه
فالاعتبار لجانب الصورة لسلامته عن المعارضة وفى مسئلة الحوالة
المحيل من حيث المعنى منكر لانه انكر عود الدين اليه ومدعى لانه بدعوى اليسار
ادعى توجه المطالبة الى ورثة المحتال عليه وهو دعوى على الطالب فانه
متى ثبت ذلك لا يعود الدين الى المحيل والطالب بدعوى الفقر ينكر
توجه المطالبة الى الورثة يدعى توجهها على المحيل فلما تعارضت جهتا
الانكار والدعوى على اعتبار المعنى بقى الاعتبار للصورة لسلامتها
عن المعارضة او ترجح جانب الانكار فى حق الطالب لتأيده بالانكار
الصورى وترجح الدعوى فى حق المحيل بانضمام الدعوى الصورى اليه
ولا تعارض على اعتبار المعنى فى مسئلتى الوديعة والوصية وكان الاعتبار
فيهما لجانب المعنى والله اعلم قوله لانه ينكر الضمان فان قلت الوديعة
امانة فى يد المودع والامانة ليست بمضمونة فاين الضمان حتى يتحقق
انكاره للضمان قلت كانه اراد بالضمان وجوب الرد والتخلية والوديعة
ان لم تكن مضمونة بمعنى ان يجب عليه مثله او قيمته عند الهلاك فهى مضمونة
بمعنى وجوب التخلية عليه عند طلب المالك قوله والالزام فى المجهول لا يتحقق
اى الالزام فيما يجرى فيه المضايقة بينهم لا يتحقق فى المجهول والا فيلزم
مائة من الابل فى الدية وكذا يلزم فى النكاح الفرس الوسط والشاة
الوسط ويجبر على تسليمه مع انها مجهولة قوله ويتعلق الدعوى اى الدعوى
الصحيحة قلت ان اراد الصحة من كل وجه لم يترتب عليه قوله وجوب الحضور
ولزوم احضار العين المدعى اذ الاشارة الى المدعى عليه والعين المدعى شرط

لصحة

لصحة الدعوى فالدعوى لا تصح من كل وجه الا اذا اشار الى الخصم والعين فاستحال
ان يكون الصحة شرطا لوجوب الحضور واحضار العين وان اراد به الصحة
من وجه وهو ان يكون فاسدا فى مخرجه كدعوى ثمن الخمر والخنزير من المسلم لم يترتب
عليه قوله ووجوب الجواب اذ الجواب لا يترتب الا على الدعوى الصحيحة من كل وجه
قوله والقيمة تعرف به اى القيمة شئ تعرف العين بذلك الشئ فلذلك تذكر
قيمة العين وقيل اى العين لا يعرف بالوصف وان بولغ فى وصفه لمشاركة كثير
من الاعيان اياه فى ذلك الجنس ولكن ببيان الوصف طولا وعرضا يعرف
قيمته وعلى هذا كان الضمير فى به راجعا الى الوصف وفى الاول الى خبر القيمة
المحذوف وهو شئ كذا فى الشرح ويرد على الوجه الاول ان حذف موصوف
الجملة او الظرف مشروط بان يكون الموصوف بعض ما قبله من المجرور بمن او
بفى فان لم يكن كذلك لم يقم الجملة او الظرف مقامه الا فى الشعر كذا ذكر
المحققون من ائمة النحو ولا خفاء انه يلزم فى هذا الوجه حذف موصوف الجملة
بدون هذا الشرط على انهم صرحوا بان رجوع الضمير الى الموصوف المقدر
لم يجئ فى السعة ولا يقال جاء فى الحسن وجهه فى السعة برجوع الضمير الى الموصوف
المقدر لانه يقال ربما يشترط فى كلام الفصحاء والعرب العرباء ما لا يراعى
فى كلام المولدين الا يرى انهم لم يجوزوا حذف الفاء فى جزاء اما ويحذف
كثيرا فى كلام الفقهاء لما وقع ذلك فى كلام المصنف فى غير موضع من هذا الكتاب
وعلى الثانى لو كانت القيمة تعرف بذكر الوصف لزم ان لا يحتاج الى بيان القيمة
مع ذكر الوصف وليس كذلك ففى المبسوط وان كان العين المدعى مستهلكا
فحين تعذر احضاره فيقام الوصف والقيمة مقام الاشارة الى العين لصحة الدعوى
والشهادة ولان المدعى هنا فى الحقيقة دين فى الذمة وهو القيمة فلا بد من
ذكر صفته وقيمته وفى الذخيرة وان وقع وان وقع الدعوى فى عين غائب
فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة والبينة مقبولة وان لم يبين
القيمة ذكر فى عامة الكتب انها مسموعة وقال فخر الاسلام اذا كانت المسئلة
مختلفا فيها ينبغى ان يكلفه بيان القيمة فاذا كلفه ولم يبينه يسمع دعواه
لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد اضر به اذ تعذر
عليه الوصول الى حقه فاذا سقط بيان القيمة من المدعى سقط من الشهود
بالطريق الاولى فظهر بهذا ان بيان القيمة مع ذكر الوصف لا بد منه الا انه
سقط بيانها فى عامة الروايات دفعا للحرج فلو كانت القيمة تعرف ببيان الوصف
طولا وعرضا لما وجب بيانها مع ذكر الصفة ولا يكون سقوطها للضرورة وايضا
على هذا المعنى وجب ان يقال وان لم يكن العين حاضرة ذكر وصفها ليعرف قيمتها

ليترتب عليه قوله لان العين لا يعرف بالوصف والقيمة يعرف به فيذكر وصفها
ليعرف قيمتها وقد قال في الكتاب ذكر قيمتها والدليل المذكور بالمعنى الثاني
لا يترتب عليه على ما لا يخفى فالظاهر هو المعنى الاول او المعنى ذكر قيمتها لان العين
وان كانت لا تعرف بالوصف فالقيمة تعرف بالوصف بان يقول كذا درهما
جيدة الى اخر الصفات قوله لانه تعذر التعريف بالاشارة فيصار الى التحديد
فان العقار تعرف به فان قلت قد قالوا في المنقول الذي تعذر نقلها
الى القاضي ان القاضي يحضرها او يبعث امينا اليها ليمكن الاشارة فلم لا يكون
هكذا في العقار قلت ان الدعوى تكثر في العقارات فلو شرط فيها حضور
القاضي وبعث الامين لادى الى الحرج وهو مدفوع اما الدعوى فيما يتعذر
نقلها من المنقولات فنادرة فلا يتحقق الحرج باشتراط حضور الحاكم او
بعث الامين قوله ولو كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره وفي الدار لا بد
من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يشترط لان
الشهرة مغنية عنه وله ان قدرها لا تصير معلومة الا بالتحديد كذا
في الكافي وفيه بحث لظهور ان قدر الدار عبارة عن كمية ذرعانها طولا
وعرضا وهذا لا يعرف ببيان الحدود بل المعلوم به نفسها قوله لا تثبت
اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح ذكر في الذخيرة في الفصل
التاسع من كتاب الدعوى اذا وقع الدعوى في عقار لا بد وان يذكر الشهود
انها في يد المدعى عليه والاقرار لا يكفي حتى لو تصادقا ان الدار المدعى
في يد المدعى عليه فالقاضي لا يقضي بالدار هكذا ذكر الخصاف وذكر في كتاب
الاقضية ويجوز القضاء بالملك وان لم يشهد الشهود على يد المدعى عليه
جوز الشهادة من غير ان يشهدوا على يد المدعى عليه مع انه وضع المسئلة في
فقيل ما ذكر الخصاف قوله وبه اخذ بعض المشايخ وقيل في المسئلة روايتان
والفتوى على انه لا بد من ان يشهدوا على يد المدعى عليه هذا كلامه فقوله
هو الصحيح احتراز عن رواية اخرى ثم هذا اذا اريد اقامة البينة اما في الاقرار
فلما ذكر في فتاوى ابي الليث انكر المدعى عليه ان يكون المحدود في يده
حلف فان حلف ارتفع عنه الخصومة وان صار مقرا باليد فيحلف
على ملك المدعي فان نكل حتى صار مقرا بملك المدعي يؤمر بترك التعرض
ولكن اذا اراد المدعي اقامة البينة لا بد وان يثبت اليد بالبينة حتى لا يتعدى
القضاء الى غير المدعى عليه الذي هو صاحب اليد وهذا لا يتأتى في فصل
الاقرار لان القضاء بالاقرار لا يتعدى الى غير المقر هذا لفظه ويقول
كيف يتعدى القضاء الى غير المدعى عليه والقضاء بالبينة في الملك ايضا

لا ينفذ

لا ينفذ على المقضي عليه على ما عرف وجوابه ان المراد بقوله حتى لا يتعدى
الى المدعى عليه حتى لا يلزم القضاء على غير المدعى عليه فيبطل فلا يقضي صونا
للقضاء عن البطلان بخلاف صورة الاقرار فانه لا قضاء فيه حتى يبطل
عند كون الدار في يد غير المدعى عليه فان قلت احتمال كون الدار في يد غير المدعى
عليه لا يندفع باقامة البينة على ان الدار في يده ايضا لاحتمال ان يكون
الدار في يده فلا يكون هو ذا اليد بان كان غاصبا وباحداث اليد لا يصير
ذا اليد قلت بان الاحتراز عن هذا الاحتمال متعذر فلو اعتبر لزم سد
باب القضاء وبابه مفتوح قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه
الى قوله وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال قلت ما مر في الكتاب
من قوله وذكر انه في يده وانه يطالبه تصريح بان الشرط هو ذكر المطالبة
بان يقول انا اطالبه بتسليمه الي والتعليلان المذكوران ينتجان اشتراط
ذكر المطالبة بل ينتجان نفس الطلب بان يقول للمدعى عليه سلمه الي وللقاضي
مره بالتسليم ولا حاجة ان يقول انا اطالبك بالتسليم فالتعليل لا يوافق
المدعى قوله ولانه يحتمل ان يكون مرهونا الخ فان قلت كيف يدل
المطالبة على انه ليس بمحبوس في يده بحق قلت لان الظاهر ان الانسان
لا يطالب الا اذا كان له حق المطالبة ولا يكون له ذلك الا اذا كان
محبوسا في يده من غير حق ذا الطلب هو في يده بحق باطل فيزول به احتمال
كونه مرهونا في يده او محبوسا بالثمن فقام ذلك مقام قوله بغير حق قوله
يزول هذا الاحتمال اي في زعم المدعي فيتوجه دعواه الا انه يزول
في الواقع قوله وعن هذا قالوا في المنقول لا تخصيص لقوله وانه يطالبه
بالعقار حتى لو قال ذلك في المنقول يجب ان يكتفي عن قوله بغير حق وكذا
لا تخصيص لقوله بغير حق بالمنقول حتى لو قال ذلك في العقار يجب
ان يكتفي اذ لا وجه يعرف للتخصيص الا ان يقال دعوى انه في يده بغير حق
لا يمكن في العقار لان اليد المبطلة لا تثبت فيه حتى لا يتحقق غصب العقار
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فيكتفى فيه بالمطالبة القاطعة لاحتمال
كونه في يده بحق بحكم الظاهر فاما في المنقول فيتحقق اليد المبطلة فيه
فيمكنه ان يقول انه في يده بغير حق فيجب ان يقول فيه ذلك ولا يكتفى
بمجرد المطالبة فيه وذلك انه لا بد من قطع احتمال كون المدعى محبوسا
في يد المدعى عليه بحق والموضوع لقطع هذا الاحتمال انما هو قوله انه في يده
بغير حق فاما المطالبة فلا يدل عليه بحكم الظاهر فلا يصار اليه الا عند
تعذر ما يدل عليه بالقطع ولا تعذر في المنقول فلا يكتفى فيه بها

بخلاف العقار لتعذر ذلك فيه فيكتفي بما يقطع احتمال كونه في يده بحق
بمجرد المطالبة ويدل على ما مر انه لا يكتفي في المنقول بالمطالبة ما ذكر
في الوقاية من قوله ويزيد في المنقول انه في يده بغير حق وبهذا يسقط
ما قال في شرح الوقاية اقول هذه العلة اعني قوله فان الشيء يكون
في يد غير المالك بحق كالرهن يشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص
المنقول بهذا الحكم والله اعلم **قوله** واذا صحت الدعوى سأل القاضي
المدعى عليه عنها وفي شرح الزيادات قالوا ان المدعي اذا ادعى حقا
بين يدي القاضي لا يسأل القاضي المدعى عليه عن جواب خصمه الا اذا
طلب المدعي سؤاله عن ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وحكي ابن سماعة
عن محمد رحمه الله ان الخصم اذا كان معروفا انه لا يهتدي اليه ولا يعرف او من حله
حصر لمهابة مجلس القضاء لا بأس بان يهديه القاضي اليه ويجيبه
من غير طلب اعانة له على حقه **قوله** لان الاقرار موجب بنفسه اي موجب
لتسليم ما اقر به الى المقر له عند طلبه وليس معناه ان الاقرار مثبت للحق
بنفسه حتى لو ادعى شيئا بسبب الاقرار بان قال هذا العين لي لانك اقررت
به كان باطلا لان الاقرار ليس بمثبت للحق بل هو اظهار للحق الثابت بسبب
وضع له شرعا **باب اليمين** **قوله** لان اليمين
حقه بالحديث قال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
كذا في الشاهان قيل الاولى ان يتمسك لاثبات ان اليمين حق المدعي
بما مر من قوله عليه السلام لك يمينه **قلت** بل الاولى هو التمسك بقوله عليه السلام
واليمين على من انكر لما في قوله فلك يمينه من الترتيب لما في لما يقوله ابو يوسف
حيث سأل اولا عن البينة ثم رتب اليمين عليه وفي بعض الروايات فقال
اذن لك يمينه والترتيب فيه ظاهر وفي وصل الحديث بالمعروف ايضا
اشارة الى ان المراد به هو قوله واليمين على من انكر لانه حديث مشهور وقوله
لك يمينه ليس بمشهور والله اعلم وبيان وجه التمسك به ان المراد بقوله
واليمين على من انكر هو ان اليمين حق واجب على من انكر للمدعي فيكون اليمين
في هذا الحديث ايضا مضافا الى المدعي بحرف اللام تقديرا فكان حقا له
ثم لقائل ان يقول لما كان اليمين حق المدعي عند عدم البينة وجب
ان يحبس المدعى عليه لايفاء هذا الحق حتى يحلف او يقر فيستحلف فيما لا يحتمل
البدل ايضا كالاشياء الستة التي لا يستحلف فيها عند ابي حنيفة استيفاء
للحق الثابت له شرعا كما يستحلف في دعوى القصاص في النفس فان حلف
ولا يحبس ليحلف او يقر **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس

فان قلت

فان قلت التمسك بهذا الحديث انما يصح ان لو تعين الخارج مدعيا وصاحب اليد
منكرا وليس كذلك لان كلا مدعي من وجه ومنكر من وجه لان كلا يقول
لصاحبه هذا الشيء لي وليس لك فينبغي ان يقبل بينة الخارج من حيث انه
مدعي ويمينه من حيث انه منكر كما في مسئلة المتبايعين اذا اختلفا فلا يكون
في الحديث دليل على انه لا يمين على المدعي **قلنا** هذا الحديث يقتضي ان لا بينة
على المنكر والمنكر غير المدعي لانه قسم الخصوم فجعل قسما مدعيا وقسما مدعى
عليه وقسم الحجة على نوعين فجعل نوعا على المدعي ونوعا على المنكر والقسمة
يقتضي التمييز فميزنا بان جعلنا الخارج مدعيا والمدعى عليه منكرا لان
ما يصدر من اول اقوال المدعي هو دعوى ما في يد المدعى عليه واول اقوال
المدعى عليه في جوابه انكار ما ادعاه فسمي كل باول ما يصدر منه في الخصومة
وما ذكر من انكار المدعي لانكار المدعى عليه ودعوى المدعى عليه لما في يده
وقع ضمنا لا قصدا فلا يستحقان الاسماء المميزة بالمعاني الضمنية فاما
فاما حكم المتبايعين فبخلاف القياس كذا في الشرح **قلت** قد يعتبر قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه وان كان هو مدعيا بمعنى ان اول ما يصدر
عنه هو الدعوى كما اذا تنازعا في احد مصراعي الباب وهو موضوع على الارض
والمصراع الاخر معلق على باب احدهما فانه يقضي بالموضوع لمن كان المصراع
الاخر في يده اذا كان يشبه الموضوع فلا بد وان يراد بالمدعي من لا يشهد له
الظاهر وبالمنكر من يشهد له والظاهر يشهد للمدعي اذا اقام شاهدا
او نكل المدعى عليه فيدخل في عموم قوله واليمين على من انكر فلا يكون القول
برد اليمين مخالفا للحديث فالاولى ان يقول الدعوى لا تجامع الانكار
في حكم واحد لان الدعوى عبارة عن اضافة شيء لا يسلم له الا بالحجة
الى نفسه ولم يكن ثابتا له بحكم الظاهر والانكار عبارة عن نفي حق الغير
فيما يثبت له بالظاهر بلا حجة فهما في طرفي نقيض فيصح التمسك بهذا الحديث
على ان لا يمين على المدعي الذي لم يكن الحق ثابتا له بحكم الظاهر فعلى هذا
دخل من يشهد له الظاهر في المنكر لان الحق ثابت له بحكم الظاهر كما هو
ثابت للمدعى عليه المنكر بظاهر يده وذلك ان المحتاج الى الاثبات بالبينة
هو من لم يكن الحق ثابتا له بالظاهر واما من كان ثابتا له به فلا يحتاج اليه
فتعين الاول مرادا بالمدعي والثاني بالمنكر واما المدعي بعد ما اقام شاهدا
او نكل المدعى عليه فالحق ليس بثابت له بحكم الظاهر بل يريد اثبات هذا الحق
على الغير بالظاهر وانه لا يكفي للاثبات ابتداء على ان ظاهره معارض
بظاهر المدعى عليه فان اليد يشهد له فتساقطا بالتعارض بخلاف ما ذكرنا

من المسئلة فان ظاهر من في يده المصراع الاخر ليس بمعارض بظاهر اخر وان الحق ثابت له باليد الحكمية فان اليد على الشيء يد على نظيره اعتبارا فصار كانه في يده ثابت له بحكم يده الثابتة ظاهرا فتعين الاخر مدعيا فاما مسئلة المتبايعين فهي بعد القبض بخلاف القياس واما قبله فدعوى البايع في زيادة الثمن وانكاره في وجوب التسليم بقدر ما يقوله المشتري ودعوى المشتري في وجوب التسليم بثمن يدعيه وانكاره في الزيادة التي يدعيه البايع فدعوى البايع في حكم وانكاره في اخر وكذا انكار المشتري ودعواه كل من ذلك في حكم اخر فيقبل بينتاهما ويميناهما فظهر ان كونه مدعيا في شيء ينافي كونه منكرا فيه وكونه منكرا في حكم ينافي كونه مدعيا فيه قوله ولا يستحلف عنده في النكاح قيل اذا كانت المرأة تعلم النكاح ولا بينة لها والزوج ينكر يستحلف القاضي ان كانت هذه امرأة لك فهي طالق حتى يقع الطلاق باليمين ان كانت امرأته [blank space] للازواج ولكن هذا انما يجدي نفعا اذا لزم للزوج التعليق المذكور عند امر القاضي بذلك اما اذا لم يلزم فله ان لا يعلق طلاقا عند كونها زوجة له فلا يحل لاحد فما الحيلة قوله والرق قلت الاستدلال لا يجري في الرق الا في مسئلة واحدة وصورتها انتهى عسكر المسلمين الى حصن فناداهم قوم من الحصن ان امنوا على اهلينا على ان نفتح لكم الحصن ففعل ذلك بهم ففتحوا الحصن فهم امنون فان قال واحد من المستامنين لرجل انه من اهلي وصدقه الرجل واتهمهما الامير واراد ان يحلف الرجل فله ذلك لانه لو اقر انه ليس من اهله لزمه ذلك ويصير فيئا فاذا وقع عند الامير انه ليس من اهله يحلفه رجاء النكول الذي هو اقرار وكان ينبغي ان لا يستحلف عند ابي حنيفة رح واليه مال الفقيه ابو جعفر لان الدعوى في الرق الا يرى انه لو نكل يجعل رقيقا ولا يقتل والاستحلاف لا يجري في الرق عنده والجواب ان الاستحلاف في ساير المواضع لاجل النكول والنكول بذل عنده وبذل الرق في ساير المواضع بساير الاسباب لا يصح فكذا بالنكول اما بذل الذات من الحربي المستامن يصح في الجملة فانه اذا نقض الامان والتحق بدار الحرب يصير فيئا فيصح منه بذل الرقبة بالنكول وصار دعوى الرق هنا كدعوى المال كذا في الذخيرة وفيه نظر لان المرأة لو ارتدت ولحقت بدار الحرب تصير باذلة نفسها ويعمل هذا البذل عمله حتى تصير فيئا فكذا البذل بالنكول غير ان البذل بالارتداد واللحوق حرام للمضرة والبذل بالنكول مفيد فائدة قطع الخصومة فصار

كبذل

كبذل الطرف فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان اعمالا للبذل الا انه حرام لعدم الفائدة وفي البذل بالنكول فائدة دفع الخصومة وايضا يلزم من هذا ان يستحلف الحربي المستامن اذا ادعى احد عليه انه غلامه لتمكنه من بذل نفسه بنقض الامان واللحوق بدار الحرب فكذا بالنكول لانه تمكن من بذل نفسه بنقض الامان وكذا العبد الذمي يتمكن من نقض الذمة واللحاق بدار الحرب قوله وصورة الاستيلاد خصه بالتصوير ليقطع شبهة جريان دعوى الاستيلاد من الجانبين قوله لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار فكان اقرارا اي حكما نظرا الى الدليل وهو النكول او بدلا عن الاقرار لان المدعي بنفس الدعوى يستحق جوابا لفصل خصومته ولهذا يستحضر المدعى عليه ليجيبه وذلك بالاقرار او الانكار فاذا اقر ارتفعت الخصومة ومتى انكر لم ينفصل الا بيمين فاذا نكل عن اليمين يكون هذا بدلا عن الاقرار الذي به يقطع الخصومة فصار النكول بدلا عن الاقرار من هذا الوجه كذا في الشافي واعترض بانه اذا اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فرده بنكول البايع ثم خاصمه في النصف الاخير يستحلف عليه البايع ولو كان النكول اقرارا للزمه النصف الاخر بنكوله في النصف الاول كما لو اقر وبان الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل يلزم الموكل ولو جعل اقرارا للزم الوكيل وبانه اذا قال كفلت لك بما يقر لك فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فنكل فقضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل ولو كان اقرارا لقضي به عليه واجيب عن الاول بان النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل قائما مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار او باليمين وانما يلزمه القطع بقدر الحجة فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة على الخصوص الا يرى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه يثبت بحسب حاجة القاضي اليه اما الاقرار فحجة في نفسه لا لوجوب قطع الخصومة حتى لو اقر في غير مجلس القضاء او قبل الدعوى صح فيجعل النكول فيما وراء الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه وبهذا خرج الجواب عن الثالث اما عن الثاني فقد سبق في الوكالة فان قلت النكول يدل على كونه كاذبا فيما انكر والا لما نكل عن اليمين الصادقة وفيه حصول الثواب باجراء ذكر الله تعالى بطريق التعظيم ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله فعلم انه انما نكل صيانة لنفسه عن اليمين الكاذبة المهلكة والدلالة

تحمل عمل الصريح دعت اليه ضرورة أولا الا يرى ان القيام عن المجلس في عقد البيع
جعل اعراضا لكونه دليل الاعراض ولا ضرورة في جعله اعراضا اجيب
بان النكول ان كان دليل الاقرار وان عمل الدلالة لا يختص بمواضع الضرورة
الا ان ثبوت الشيء بالنظر الى الدليل ثبوت من حيث الظاهر وهو لا يكفي للالزام
فينبغي ان لا يجعل النكول اقرارا ملزما لكنه جعل ملزما لضرورة قطع الخصومة
فلا يظهر كونه ملزما فيما وراءه قوله ولابي حنيفة الى اخره فان قلت
هذا التعليل يخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من
انكر قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس
كذا في الكافي قلت تخصيص العام الذي خص عنه البعض انما يجوز بالقياس
اذا كان المقيس عليه هو الفرد المخصوص نص عليه في كتب الاصول والحدود
واللعان انما خصا باعتبار انهما لا يجتمعان مع الشبهة وهذه الصور تجتمع
معها فلا جامع بين هذه الصور مع الحدود واللعان فلو خصت بالقياس
لزم التخصيص بالقياس على غير المخصوص وانه غير جائز وجوابه ان القياس
كما يطلق على تسوية الفرع بالاصل في العلة والحكم يطلق على القاعدة المستخرجة
من الادلة الشرعية وهو المراد بالقياس هنا لما اثبتنا ان النكول بذل
بالمقدمة الاجماعية المستخرجة من النصوص وهي ان الاجتناب عن نسبة الانسان
الى الكذب والفساد واجب وفي جعل النكول اقرارا نسبة للمدعى عليه
الى الكذب فيما صدر منه من الانكار فجعل بذلا احترازا عن ذلك وجب
القول بعدم الاستحلاف فيما لا يجري فيه البذل وتخصيصه عن عموم قوله
عليه السلام واليمين على من انكر اذ التخصيص بمثل هذه المقدمة كالتخصيص بنص
اخر فلا يطلب فيه الجامع بينه وبين الفرد المخصوص لان ذلك انما يجب اذا كان
التخصيص بالقياس بمعنى تسوية الفرع مع الاصل في الحكم والعلة جامعة
وليس الامر كذلك قوله وانزاله باذلا اولى لئلا يصير كاذبا في الانكار
فان قلت نعم ولكن اذا دار بين حمله على الاقرار والبذل اما اذا لم يمكن حمله
على البذل كما في هذه الاشياء يجب ان يحمل على الاقرار لحاجتنا الى قطع الخصومة
اذ قطعها واجب على القاضي ولا يمكنه ذلك الا بجعل النكول اقرارا عند وجود
دليله والنكول دليله والنسبة الى الكذب مختارا لا يجوز وهنا ضرورة
اما الامتناع عن قطع الخصومة فغير جائز عند القدرة اجيب بان قطع الخصومة
ان كان واجبا على القاضي فالامتناع عن حمل الشخص على الفساد ايضا واجب
ولا ترجيح حتى نقيم احدهما ونترك الاخر فيتوقف عن القضاء بالضرورة
قوله والبذل لا يجري في هذه الاشياء قلت البذل لا يجري في قتل النفس

حتى

حتى لو قال اقتلني فقتله لا يهدر دمه بل يجب القصاص في رواية والدية
في اخرى مع انه يستحلف في دعوى القصاص في النفس بالاجماع قوله فائدة
الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف يشكل بما اذا ادعى قصاصا
في النفس فجحد يستحلف بالاجماع مع انه لا يقضى هناك بالنكول بل يحبس
عندنا النكول حتى يحلف ويقر فلو كانت فائدة الاستحلاف هو القضاء
بالنكول لما صح الاستحلاف فيما لا يقضى به وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى
قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب جواب لانه لو كان
بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لانهما ليسا من اهل البذل وقد يقال
بان البذل هنا معناه ترك المنع وترك الخصومة على ما سيجيء فلا يرد
سؤال المكاتب والمأذون لانهما ان كانا لا يملكان البذل بمعنى التمليك
والاعطاء فهما يملكان ترك الخصومة وترك المنع فلا يشكل القول بكون
النكول بذلا لانهما فكانه جواب على تقدير التسليم اي لو سلم ان البذل
هنا بمعنى الاعطاء والتمليك فهو بذل يتضمن فائدة ومثله جائز فيهما
كالضيافة اليسيرة قوله وصحته اي صحة الاستحلاف وصحة القضاء
بالنكول في الدين بناء على زعم المدعي قلت ما يتوهم هنا من الاشكال
شيئان احدهما ان الدين لا يقبل البذل لكونه وصفا ولانه حق الداين
والبذل انما يتصور في حق نفسه والاستحلاف يجري فيه بالاتفاق
والثاني ان النكول لو كان بذلا لكان المدعى عليه متبرعا فلم يصح جبره
على التسليم اذ لا جبر في التبرعات فكلام المصنف ان جعل جوابا عن الاول
كما جعله الشارح فظاهر انه لا يدفعه لان زعم المدعي انه يقبض حقه لا يوجب
صحة البذل فيما لا يحتمله وكذا كون البذل بمعنى ترك المنع لا يدفع ذلك
لان تركه يعتمد تصوره والدين لا يتصور منعه ولو نظر الى ما يقضى به كالدين
وانه عين يقبل المنع فلا حاجة الى جعل البذل بمعنى ترك المنع لانه يقبل
البذل بمعنى الاعطاء ولئن جعل جوابا عن الثاني فلا وجه لتخصيص الدين
لان هذا الاشكال يتأتى في العين ايضا وجعل ذكر الدين اتفاقيا غير ظاهر
جدا الا ان يقال انه جواب عن الاول وتقريره ان النكول في الدين ان
كان لا يمكن اعتباره بذلا بمعنى التمليك والاعطاء وقد يمكن اعتباره
بذلا بمعنى ترك الخصومة وترك المنع فيقضى بالنكول فيه باعتبار ان المدعي
يزعم انه حقه ولم ينازعه فيه احد والبذل بمعنى ترك الخصومة وترك المنع
ينبئ عن الهوان فيجري فيما يكون امرا هينا كالمال ولا يجري فيما يعظم امره
كالنكاح فقوله والبذل هنا اي في باب النكول وفي باب الدين معناه

ترك المنع مقدمة اخرى اى صحة القضاء فى دعوى الدين بالنكول بناء
على ان المدعى يزعم انه حقه والمدعى عليه ترك الخصومة والبذل فى هذا
الباب بمعنى ترك المنع اعم من ان يكون تمليكا او اعطاء او تركا للخصومة
والبذل بمعنى ترك الخصومة يكفى لصحة القضاء فيستحلف منه رجاء
هذا النوع من البذل ولا يستحلف فى النكاح لتعذر البذل فيه بالمعنيين
واما قوله الدين لا يتصور منعه فجوابه ان المراد بترك المنع هنا ترك
الخصومة والدين مما يصح فيه ترك الخصومة على ما لا يخفى **قوله** والبذل
معناه هنا ترك المنع جاز ان يكون دفع شبهة وهو ان الاستحلاف
يجرى فيما لا يصح البذل فيه كما لو كان المدعوى فى بعض شايع اذ الشايع لا يحتمل
البذل والتمليك فاجاب بان البذل هنا يعنى فى موضع النكول بمعنى ترك
المنع لا بمعنى التمليك والهبة حتى لا يجرى فى الشايع ثم هنا بحث لان
المدعى عليه الالف اذا صالح على جارية بعد ما نكل عن اليمين فاستولدها
المدعى ثم استحقت يرجع المدعى على المدعى عليه بالالف وبما ضمن
للمستحق من قيمة الولد للغرور وهذا يدل على ان النكول اقرار اذ لو كان
بذلا سيما بمعنى ترك المنع لما رجع بقيمة الولد لان الرجوع بحكم الغرور
باعتبار ضمان السلامة اما نصا او فى ضمن عقد المعاوضة ولا تنصيص
هنا به وكذا لا معاوضة فى حق المدعى عليه على تقدير ان يكون النكول
بذلا بمعنى ترك المنع اذ الانسان لا يعوض ماله بماله بل يكون اعطاء
الجارية لدفع خصومته كما لو صالح عليها على الانكار قبل النكول فان هناك
لا يرجع المدعى على المدعى عليه لان المعاوضة ليست بثابتة فى حق المدعى عليه
وان كانت معاوضة فى حق المدعى فلم يوجد ضمان السلامة **قوله** ويستحلف
السارق بريبا اذا اراد المسروق منه المال دون القطع لان المال
حقه فامكن القول فيه بالاستحلاف يستحلف على المال بالله ما له
عليك هذا المال لان المال يثبت بالشبهات وعن محمد رح انه قال يقول
القاضى للمدعى ماذا تريد فان قال اريد القطع فالقاضى يقول لا نلا يحلف
فيه وليس لك يمين فان قال اريد المال فالقاضى يقول له دع دعوى السرقة
وانبعث على دعوى المال كذا فى الشرح **قلنا** اذا كان المسروق قائما
واراد المالك القطع واخذ عين ماله وجب ان يستحلف ولكن عند النكول
يقضى بالمال دون القطع واذا كان هالكا فان اراد تضمين المال
فله ان يستحلف وان اراد القطع فلا يمين عليه اذ القطع لا يجتمع مع الضمان
فليس له الا ان يدعى احدهما اما الضمان او القطع اما اخذ عين المال المسروق

فيجتمع

يجتمع مع القطع فيجوز ان يدعيهما جميعا ويستحلف ولكن عند النكول
يقضى برد المال لا بالقطع فالتفرقة بين ما اذا اراد اخذ المال دون القطع
وما اذا اراد القطع دون اخذ المال انما يتاتى فى صورة هلاك المسروق
والمصنف رح فرض المسئلة فيما اذا كان المال قايما حيث قال المنوط
بفعله شيئان الضمان والقطع ومعلوم انه انما يناط به شيئان عند قيام
المال اما عند هلاكه فالمنوط به احدهما اما القطع او الضمان فلا حاجة
الى تقييد مسئلة الكتاب بما اذا اراد اخذ المال دون القطع بل لا وجه
له **قوله** لان المنوط بفعله شيئان الضمان الخ **فان قلت** بل المنوط
بفعله احد الشيئين لما عرف ان الضمان مع القطع لا يجتمعان عندنا
قلت كان المراد بالضمان هنا المال المضمون اذ الكلام فيما اذا انكر
السرقة فاحتاج المالك الى اثبات انه سرق منه المال ولا يخفى انه
نيط باثبات السرقة شيئان المال والقطع والمال المسروق مال مضمون
وانما يخرج عن كونه مضمونا قبيل القطع فيصح تسميته باسم الضمان بمعنى المضمون
قوله سيما اذا كان المقصود هو المال اى تاكد المال والطلاق ان لم يؤثر
فى لزوم المال فهو يؤثر فى تاكده بعد ما كان على شرف السقوط **قوله**
ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وقد يقال المال انما يجب بالنكاح
فاذا لم يثبت النكاح كيف يثبت المال التابع وبعبارة اخرى ان النكاح
يتضمن المال فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما فى ضمنه وهل يمكن
ثبوت المتضمن بدون ثبوت المتضمن وبعبارة اخرى ان العلة لثبوت المهر
انما هى النكاح فاذا لم يثبت النكاح بالنكول عن اليمين استحال ان يثبت
ما هو معلوله وجوابه ان نحو النكاح والنسب وان كان متبوعا فى الواقع
فهو تابع بالنظر الى مقصود المدعى فان المقصود بالدعوى هو المال دون
النكاح والنسب اذ الاسباب لا تراد لذاتها بل لاحكامها فكانه ادعى
المال بلا سبب والمال مما يصح بذله فيعمل فيه النكول **قوله** لان فى دعواها
الابن تحميل النسب على الغير **قلت** نعم ولكن فى ضمن ثبوت نسبه منها
بمعنى كونه مولودا منها فانه لما ثبت ولادتها اياه ثبت انه لصاحب الفراش
بالضرورة فكونه ابنا للزوج من ضرورات كونه مولودا لها وكم من شئ
يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا بخلاف ما اذا اقر انه اخوه اذ الاخوة
من ضرورات كونه ابنا لابيه فيكون تبعا للبنوة فيثبت البنوة اولا ثم الاخوة
بناء عليه فيلزم تحميل النسب على الغير قصدا وانه باطل **قوله** اذا كان
النسب مما يثبت باقراره ثبوتا مثل ثبوت الاب والابن فى حق الرجل

ومثل ثبوت المولى والزوج في حقهما فذكر المولى والزوج للتشبيه لا للتمثيل
فلا يرد ان ثبوت المولى والزوج ليس من ثبوت النسب في شيء فكيف يصح
التمثيل بهما **قوله** لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص
فان قلت لو اقر بمطلق القتل من غير ذكر التهمة يجب القصاص مع انه
اقرار فيه شبهة لاحتمال ان يكون خطاء **قلت** جوابه قد ذكرنا في باب
الشهادة على الشهادة فعليك به **قوله** خصوصا اذا كان امتناع القصاص
بجهة من عليه فانه اذا كان الامتناع بجهة من له يجب الدية كما اذا ورث
قصاصا على ابيه بان مات اخ رجل لام مثلا فورث قصاصا على ابيه
بينا ان المانع اذا كان بجهة من له القصاص يكون تاثيره في ابطال
الحق اقوى لانه تعذر عليه القصاص ومع هذا لم يؤثر في اهدار الدم
فلان لا يهدر بامتناع القصاص اذا كان بجهة من عليه اولى كذا
في الشاهان وقال الشارح انما قيد بامتناع القصاص لمعنى من جهة
من عليه في حق وجوب المال احترازا عن امتناع القصاص لمعنى من جهة
من له القصاص فان هناك لا يجب على المدعى عليه شيء لا القصاص
ولا المال كما اذا اقام مدعي القصاص على ما ادعى رجلا وامراتين او
الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن
استيفاء القصاص ممتنع والاصل ان المال مشروع اذا اضيف التعذر
الى من عليه اعتبارا بالخطاء واذا اضيف الى الولي بطل معنى المنة
فلم يجب المال الى هنا لفظه وهو تصريح بان امتناع القصاص اذا كان
بجهة من له يهدر الدم بحيث لا يجب المال **قلنا** ما في الشاهان من نظير
امتناع القصاص بجهة من له بقوله كما اذا ورث قصاصا على ابيه ففيه
نظر لانا لا نسلم ان امتناع القصاص في هذه الصورة لمعنى من جهة
من له بل من جهة من عليه وهي الابوة لان فضيلة الابوة يمنع ان يكون
الولد مستوجبا للقود عليه فالاولى ان يمثل امتناع القصاص بجهة من
له بمسئلة المكاتب التي سنذكر ان شاء الله تعالى فاما ما ذكر الشارح من ان
القصاص اذا امتنع لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب شيء فيشكل به
اذا قتل المكاتب وقد ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص في قولهم
جميعا ولكن يجب قيمته على القاتل لوارثه فقد يجب المال في هذه الصورة
مع ان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص وهو اشتباه كونه
مستحقا وذلك ان المكاتب اذا مات عن وفاء ان كان يموت حرا عند
فقد ظهر الاختلاف في الصحابة في موته على نعت الحرية فيورث شبهة

في كون الوارث مستحقا للقود فلا يجب لا للوارث ولا للمولى وفيما اذا اقام
رجلا وامراتين لم يثبت ما يدعيه من القصاص لعدم الحجة المثبتة له فذلك
من باب عدم ثبوت القصاص لعدم حجته لا من باب سقوطه بعد تحقق
الموجب لمعنى من جهة من له بخلاف ما اذا اقر بالقتل خطاء اذ القتل
موجب للقصاص غير انه امتنع لمكان دعوى الخطاء وانعدام الحجة على العمد
حتى لو اقر بمطلق القتل يقتص وايضا لو كان الامر كما ذكر الشارح لم يكن
لقوله خصوصا معنى لانه يشعر بوجوب المال عند امتناع القصاص لمعنى من جهة
من له ايضا على ما لا يخفى ذلك على من له معرفة باساليب الكلام **قوله** كما
اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد الحق ان النكول الذي هو اقرار بالقتل
خطاء والولي يدعي العمد والفارق موجود اذ الموجب للقود هو القتل
وانه متحقق في ما اذا اقر به خطاء الا ان عذر الخطاء يمنع عن الاستيفاء
فيصار الى الخلف وهو الدية فاما في النكول فلم يوجد فيه الحجة المثبتة
للقصاص اذ الموجب له انما هو الحجة الخالية عن الشبهة والنكول اقرار فيه
شبهة فلا يكون حجة مثبتة للقود لانه لا يربو شهادة النساء والشهادة
على الشهادة بل دونه وانه ليس بحجة فيه فهذا اولى ومن شرط المصير الى الدية
التي هي خلف عن القصاص وجود الحجة على الاصل وانه منتف في النكول
كانتفائه في الشهادة التي فيها شبهة وثمة لا يجب المال فكذا في النكول
كما هو راي ابي حنيفة رح **قوله** ولابي حنيفة ان الاطراف الخ **قلت**
فرق بين الطرف والنفس من حيث ان البذل يجري في الاول دون
الثاني وهذا مشكل لما مر ان البذل هنا معناه ترك المنع دون
الاباحة والتمليك والنفس ان كانت لا تقبل الاباحة ولا يجري فيه البذل
بمعنى الاباحة فقد يجري البذل بمعنى ترك المنع والخصومة لانه ان يمنع
لان البذل بمعنى ترك المنع والخصومة ينبئ عن الهوان وامر النفس خطير
فلا يجري فيه هذا البذل ايضا **قوله** ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال مشكل لما عرف من حرمة الانتفاع بشعر الادمي ولبنه وحرمة
بيعهما وحرمة الاستمتاع بالجزء فلو كان اطراف الادمي كالاموال
لما حرم الانتفاع بها وصح بيعها ولئن قيل حرم ذلك للشبهة قلنا فيجب
ان يحرم بذلها ايضا احتياطا في باب المحرمات وايضا لما كان الطرف
في حكم المال حتى يقطع اليد عند النكول قصاصا وجب ان يستحلف في دعوى
السرقة فيقطع اليد حدا عند النكول عن اليمين فقطع اليد عند النكول
قصاصا لا حدا مع ان كلا من الحد والقصاص لا يثبت بدليل فيه شبهة

ككتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء محل تأمل
وما ذكر الشارح من الجواب بقوله القطع في السرقة خالص حق الله تعالى
جزاء فلا يثبت مع الشبهة فاما القصاص في الطرف فحق العبد الذي
يسلك به مسلك الاموال فعومل به معاملته في ثبوته مع الشبهة ففيه نظر
لان القصاص في النفس ايضا حق العبد حتى يصح عفوه فيجب ان يثبت
بدليل فيه شبهة ولئن قيل ان القصاص في النفس حق الشرع ايضا
لانه مما اجتمع فيه حقان حق الله تعالى وحق العبد فمن حيث انه حق الله تعالى
لا يثبت بدليل فيه شبهة كشهادة النساء ومن حيث انه حق العبد يثبت
ببيان فيه شبهة كاشارة الاخرس قلنا فالقصاص في الطرف ايضا
يتضمن حقين اما حق العبد فظاهر واما حق الشرع فلانه يوجب اخلاء
العالم عن الفساد وذلك حق الشرع الا بيان ان في القصاص في النفس
حق الشرع وما ذلك الا اخلاء العالم عن الفساد وجعل القصاص
في النفس حق الله تعالى من وجه دون القصاص في الطرف مما لا وجه اليه
الا ان يقال تضمين هذا المعنى وهو اخلاء العالم عن الفساد انما يوجب
كونه حق الشرع اذا كان مقصودا ولو من وجه اما لو كان المقصود من كل وجه
ما سواه من حق العبد كان خالصا كما في تضمين الغاصب فان المقصود
فيه انما هو جبر حق العبد فكان خالص حقه وان كان فيه اخلاء العالم
عن الفساد حيث ينزجر به غيره من الناس مخافة الضمان فكذا القصاص
في الطرف خالص حق العبد لان المقصود فيه انما هو جبر حقه لا اخلاء
العالم عن الفساد وان تضمن ذلك فهو كتضمين الغاصب اذن سواء
بخلاف القصاص في النفس فانه بالنسبة الى المقتول لا يوجب شيئا
من حقوقه فبالنظر اليه ليس المطلوب منه الا اخلاء العالم عن الفساد
وبالنظر الى ورثته يوجب درك الثار فمن هذا الوجه كان فيه حق العبد
فيتضمن حقين ضرورة هذا ولكن سيأتيك في الجنايات ان القصاص
في الطرف ايضا لا يجامع الشبهة فقال ابو حنيفة رح ومن قتل وليه عمدا
فقد قطع يد قاتله وقد قضى له بالقصاص ولم يقض فعلى قاطع اليد دية
اليد عند ابي حنيفة رح لانه استوفى في غير حقه فيضمن وهذا لان حقه
في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط
للشبهة اذ لولي القتيل ان يتلف الطرف تبعا واذا سقط القود وجبت
الدية كذا ذكر في الكافي فقد نص بسقوط القصاص في الطرف للشبهة
فلو كان القصاص في الطرف مما يثبت مع الشبهة وكان خالص حق العبد

لكون الطرف

لكون الطرف وحكم المال لم يسقط في هذه المسئلة لان المال يثبت مع
الشبهة وكذا حق العبد خالصا ثم قوله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
يشكل بانها لو كانت في حكم الاموال لم يكن ارش الطرف على العاقلة اذ
العاقلة لا يؤاخذون بضمان الاموال وسيأتيك ان العاقلة كما يؤاخذون
بضمان النفس يؤاخذون بضمان الطرف ايضا اذا كان مقدار ارش الموضحة
فصاعدا قوله بخلاف الانفس حيث لا يجري البذل فيها حتى لو قال اقتلني
فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في الاخرى لان مجرد صورة الاباحة
يكفي لسقوط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمسلم دخل دار الحرب بامان
فقتله مسلم آخر هناك حيث لا يجب القصاص على القاتل عندنا لان
دار الحرب دار اباحة فيورث الشبهة وفي اليتيمة يجب الدية في قول علمائنا
الثلثة قوله واليمين حق مستحق يحبس فيه كما في القسامة لان اليمين
حق مقصود لتعظيم امر الدم ولهذا شرعت مكررة في القسامة فاذا نكل
فقد امتنع عن ايفاء حق مستحق مقصود وهو مما لا يجري فيه النيابة فيحبس
الى ان يحلف او يقر كما في القسامة كذا في الشرح وبهذا خرج الجواب عما ذكرنا
عند قوله وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول وحاصله ان القضاء
بالنكول انما تعين فائدة للاستحلاف فيما لم يكن اليمين حقا مستحقا فيه
وفي القصاص اليمين مستحق لتعظيم امر الدم فيستحلف لايفاء ما عليه من اليمين
ولكن لقائل ان يقول اليمين حق مستحق للمدعي عند عدم البينة مطلقا
لقوله عليه السلام لك يمينه اضافه اليه بلام الملك فكان حقه فيجب
ان يجبر في ايفاء هذا الحق سيما في النكاح فان امر البضع خطير فيحبس
فيه ليحلف او يقر تعظيما للامر كما في القصاص والقياس على القسامة
ليس بصحيح اذ الواجب في صورة القسامة بعد الحلف الدية وهنا بعد اليمين
لا يجب شيء فالجواب ان الاستحلاف ما شرع الا لفائدتين احديهما
فصل الخصومة بالقضاء بالنكول بحمله على البذل او على الاقرار والثانية
تعظيم امر الدم كما في القسامة وفي دعوى القتل عمدا ان لم توجد الفائدة
الاولى لعدم جواز بذل النفوس فقد وجدت الثانية فيستحلف صونا
للدم عن الهدر والهوان واما دعوى النكاح ونحوه فقد فاتت الفائدتان
كلتاهما اذ لا يتصور فيه البذل حتى يقضى فيه بالنكول ونفس النكاح
لا يستوجب التعظيم ايضا حتى يستحلف لاظهار خطره بل النكاح مشتمل
لاستيفاء شهوة مكرمة بتكريم الله تعالى نعم بضع المرأة خطير ولكن خطره
لا يظهر بالاستحلاف ولا يلحقه هوان بترك الاستحلاف وما قلت

من ان اليمين حق المدعي في جميع المواضع كقوله عليه السلام فلك يمينه فيجب ان يجلس المدعى عليه لاستيفاء هذا الحق فنقول ما شرع اليمين حقا له بالذات بل بالغير وهو قطع الخصومة بالقضاء عليه بالنكول او تعظيم امر الدم فلا يفيد الاستحلاف فيما لا يمكن القضاء بالنكول ولا يحصل تعظيم امر الدم والله اعلم **قوله** لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به يمنعه عن السفر مشكل لان المصنف رحمه الله احال بيان كيفية الملازمة الى ما ذكره في كتاب الحجر وقد ذكر في كتاب الحجر بانه لا منع في الملازمة عن السفر حيث قال بعد ما ذكر قوله ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر وقوله في الملازمة ولا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس هذا لفظه فلما كان معنى الملازمة هنا هو ان يدور معه اينما دار كما يشعر به الحوالة الى بيان كيفية الملازمة في كتاب الحجر لم يكن فيها منع عن السفر فكيف يتصور قوله يمنعه عن السفر الا ان يقال انه بالملازمة وان لم يمنعه عن السفر فهو يتسبب لامتناعه عنه لانه قلما يسافر مع ملازمة المدعي ودورانه معه على ما هو العادة **فصل في كيفية اليمين والاستحلاف** **قوله** واليمين بالله الى اخره **فان قلت** روي عنه عليه السلام انه حلف بغير الله في حديث طلحة بن عبد الله حيث قال افلح وابيه ان صدق في بعض الروايات وفي حديث المجمع لعلوي فذلك وامي الجوع **قلت** كل ما ثبت من نظايره فالتوفيق بينه وبين الاخبار الدالة على حرمة اليمين بغير الله تعالى هو ان المراد به الحلف على وجه التعظيم للمقسم به والمراد به الحلف على امور هي مظنة التاكيد كذا في حاشية المصابيح نقلا عن المشكاة **قوله** لما روينا الظاهر انه اشارة الى قوله عليه السلام واليمين على من انكر اذ التعليق ليس بيمين حقيقة لا الى قوله عليه السلام من كان حالفا الحديث لان الحلف ثم اريد به فسقط ارادة الحكمي والتعليق يسمى حلفا مجازا ولانه لو كان المراد به هو المنع عن الحلف الحكمي ايضا لحرم التعليق الذي هو يمين حكمي مطلقا وانه جائز حتى لو قال ان فعلت كذا فعلي صوم سنة جاز ويخير بين كفارة اليمين وصوم السنة ثم الاظهر في التمسك به ما روي انه عليه السلام قال ملعون من حلف بالطلاق او حلف به ويمكن ان يكون اشارة الى قوله من كان حالفا الخ ويراد به اليمين بالله وبغيره فانه ايضا حلف شرعا بدليل ما ذكرنا من قوله عليه السلام ملعون من حلف بالطلاق والتعليق بالطلاق في مقام الدعوى حلف محض ليس فيه معنى التعليق

لان

لان التعليق انما يكون بامر على خطر الوجود بخلاف نحو ان فعلت كذا فعلي صوم سنة او عبدي حر فانه جائز لمعنى التعليق لانه تعليق صورة وان كان حلفا معنى فهو في المعنى حلف بالله لانه لما افاد فائدة التاكيد صار كانه قال والله لا افعلن كذا فليس فيه يمين بغير الله بخلاف قوله ان كان لفلان علي كذا فعبدي حر فانه يمين محض ليس فيه معنى التعليق فيحرم بالنص **قوله** الا اذا كان فيه ترك النظر من جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع **فان قلت** في التحليف على السبب ضرر بالمدعى عليه لجواز انه اشترى ولا شفعة بان سلم او سكت عن الطلب **قلت** القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما وكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت ثبت له الحق فسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا في الشرح **وفيه نظر** لجواز ان يحلف على الحاصل بحيث لا يتضرر به واحد منهما بان يحلف ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار وهكذا ذكر صورة التحليف في بعض الكتب حيث قال فيه لو ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة به فانكر يحلف ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار ولا يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة في هذه الدار لانه يحلف بناء على مذهبه فيفوت حق المدعي انتهى لفظه فظهر ان للقاضي بدا من الحاق الضرر باحدهما بتحليفه على هذا الطريق ثم لما جاز التحليف على الحاصل بهذا الوجه كان قوله في الكتاب فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع محل تامل ثم **قوله** والزوج ممن لا يراها وقوله والمشتري ممن لا يراها يشعران بان الزوج اذا كان ممن يرى النفقة للمبتوتة والمشتري ممن يرى الشفعة بالجوار فحينئذ لا يكون مما يحلف فيه على السبب بالاجماع وان كان الزوج والمشتري يعتقدان النفقة للمبتوتة والشفعة بالجوار لانه لو حلف على الحاصل ربما يتاول بقول من لا يرى الشفعة بالجوار بان يريد بقوله لا شفعة له قبلي انه لا شفعة له قبلي على قول من لا يرى الشفعة بالجوار فلا يحنث في يمينه وذكر في الذخيرة ان القاضي يحلف على السبب نظرا للمدعي لان الدعوى في الشفعة بسبب الجوار وبين العلماء اختلاف في استحقاق الشفعة بالجوار فلو حلفنا على الحاصل ربما يتاول قول من لا يرى الشفعة بالجوار فلا يحنث في يمينه فيتضرر المدعي هذا كلامه وهو يحقق ما ذكرنا الا ان يقال من اعتقد الشفعة بالجوار فالشفعة واجبة عليه بالاتفاق اذ الحق في حق من تقلد مذهبا معينا هو ما ذهب اليه امامه

فمن تقلد اباحنيفة في جميع المجتهدات بان ما قاله ابو حنيفة صواب يحتمل
الخطا وما قاله غيره على خلاف قوله فهو خطاء يحتمل الصواب فالحق في حقه
ما ذهب اليه امامه والعمل بمذهب امامه واجب عليه بالاجماع فيكون الشفعة
بالجوار واجبة عليه على قول من لا يرى الشفعة بالجوار ايضا فليس له ان يا ول
بانه لا شفعة له فيلي على قول من لا يرى الشفعة بالجوار لانه لما تقلد مذهب
ابي حنيفة وجبت عليه الشفعة بالجوار عند من لا يرى الشفعة بالجوار ايضا
لان الحق في حقه هو مذهب امامه الا يرى ان المجتهد الذي ذهب الى الشفعة
بالجوار يجب عليه الشفعة بسبب الجوار عند من ذهب الى انه لا شفعة بالجوار
ايضا لاجماعهم على ان الواجب على كل مجتهد ان يعمل باجتهاده فكذا الحكم
في حق تابعه والمذكور في الذخيرة محمول على ما لم يكن الرجل متقلدا مذهبا
معينا او لم يعرف حاله والله اعلم **قوله** لانه لو حلف على الحاصل يصدق
في يمينه في معتقده **فان قلت** قال عليه السلام اليمين على نية المستحلف
قلنا معناه انه لا عبرة لتورية الحالف ويمين الشخص على معتقده ليس
من التورية فيكون صادقا **وفيه بحث** لانه روى عن عقبة قال كنا
ناتي ابرهيم وهو خايف من الحجاج وكنا اذا خرجنا من عنده يقول لنا
ان سئلتم عني فاحلفوا بالله ما تدرون اين انا ولا في اي موضع انا
واعنوا انكم لا تدرون اني في اي موضع من الدار في مقدمها او موخرها
فتكونوا قد صدقتم لان الانسان اذا كان في داره فالذي خارج الدار
لا يدري انه في اي موضع منها وعن ابرهيم رضي الله عنه انه قال
في رجل اخذه رجل فقال ان لي معك حقا فقال احلف بالمشي الى بيت الله
فقال له ابرهيم احلف بالمشي الى بيت الله واعن به مسجد حيك وعنه
رضي الله عنه ايضا ساله رجل وقال ان فلانا امرني ان اتي مكان كذا
وكذا وانا لا اقدر على ذلك فما اصنع فقال له ابرهيم قل والله لا ابصر
الا ما سددني غيري واعن الا ما سددني ربي وعن البراء ابن سيرين
رضي الله عنه قال جعل حذيفة رضي الله عنه يحلف لعثمان على اشياء
بالله ما قالها ولقد سمعناه قالها فقلت له يا ابا عبد الله سمعناك تحلف
لعثمان رضي الله عنه على اشياء ما قلتها ولقد سمعناك قلتها فقال حذيفة
رضي الله عنه اني اشتري ديني بعضه ببعض مخافة ان يذهب كله
قال الشيخ الامام الاجل شمس الائمة الحلواني لم يكن بين عثمان وبين
حذيفة رضي الله عنهما جميل في مدة فقيل لعثمان ان حذيفة وقاع فيك
فتغيظ عثمان بذلك فاحضر حذيفة مرارا ليعاتبه فحلف حذيفة على الوجه الذي

وكانه كان يحلف ما قلتها ويعني به ما قلتها في مكان كذا وفي شهر كذا او
يعني بما الذي فانما قد يكون بمعنى الذي وسال رجل ابرهيم وقال اني انال
من رجل شيئا فيبلغه فكيف اعتذر اليه فقال ابرهيم له قل والله ان
الله يعلم ما قلت من ذلك شيئا واعن بما الذي فعلم بهذا كله انه لا باس
بالتورية في الايمان فيحمل الحديث ان الحالف اذا كان ظالما فاليمين على نية
المستحلف واعتماد الشخص على ما اتخذه مذهبا ليس بظلم **قوله** الشرى
سبب لثبوت الملك وضعا **فان قلت** الارث ايضا سبب موضوع
للملك شرعا **قلت** معنى قوله ان الشرى سبب لثبوت الملك وضعا ان ذلك
السبب يثبت باختيار المشتري ومباشرته ولو يعلم المشتري بان ذلك
العين التي اشتراها ليس ملك البايع لما باشر الشرى باختياره وكذا
الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا
من غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يستحلف الوارث
بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات كذا في الشرح وفيه من الضعف
ما لا يخفى لان كونه سببا للملك وضعا لا يدل على كونه مما يثبت باختياره حتى يراد
به ذلك فالاوجه ان يقال ان الارث ليس بسبب لثبوت الملك للوارث
ابتداء بل هو سبب لكونه خليفة للمورث في املاكه فالملك الثابت للوارث
عين ملك المورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فكان من قبيل بقاء
الملك دون ثبوته ابتداء بخلاف الشرى والهبة فانهما سببان لثبوت الملك
ابتداء وهو المراد بالتعليل المذكور في الكتاب فيقع به الفرق بين الشرى
والارث وتوضيحه ان ملك المشتري غير ملك بايعه وانه ملك متجدد
والمرء عالم بحال ما ملكه فيحلف على البتات وملك الوارث غير ملك مورثه
ليس بمتجدد في حق الوارث انما هو خليفة المورث في املاكه فكانه ملكه
ولكن الوارث قام مقامه بعد موته ولا علم للمرء بحال ملك غيره فيحلف
بالعلم دون البتات فالشرى سبب لثبوت الملك وموت المورث سبب
لقيام الوارث مقامه في ملكه فملك المشتري ملكه لا ملك بايعه وملك الوارث
ملك مورثه لا ملكه فالفارق هو كون الشرى سببا لثبوت الملك وتجدده
وكون الارث سببا لبقاء الملك وكون الوارث خليفة له في املاكه
لا لثبوته وتجدده واما قوله وضعا فلا تاثير له في الفرق وانما ذكر
لبقاء الحكم باكد وجه يعني لو لم يكن موضوعا للثبوت لتوجه فيه اليمين على المشتري
بالبتات اذا كان مثبتا للملك فلما كان موضوعا له كان اولى بتوجه اليمين
عليه بالبتات او نقول لما كان الشرى سببا لثبوت الملك للمشتري

فاقدامه عليه دليل ظاهر على كونه عالما بالملك للبايع قبل المشترى والمشترى بعده
وعلى انه لا ملك فيه لغيرهما وفى كل ما ادعى العلم فاليمين فيه على البتات
دون العلم بخلاف الوارث فانه لا دليل فيه على كونه عالما فيحلف على العلم
دون البتات فعلى هذا قوله وضعا كان مؤثرا فى الحكم يعرف بالتامل

باب التحالف

قوله فى البيع بان اختلفا فى الثمن او قدر
المبيع اما اذا اختلفا فى وصف المبيع بان اشتراه بر يوقضته ثم اختلفا
انه عشرة ام عشرين فلا تحالفا اذ القدر فيما يضره التبعيض وصف قوله
او اعترف البايع بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه الى اخره قلت
ذكر فى الذخيرة فى اخر كتاب المكاتب كاتب عبدا فقال العبد كاتبتنى
على نفسى وعلى مالى على الف درهم وقال السيد كاتبتك على نفسك دون
مالك فالقول للسيد ولا يتحالفان بالاجماع لانهما اختلفا فى مقدار
المعقود عليه واتفقا على البدل ولو اختلفا على هذا الوجه فى باب البيع
بان قال البايع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال المشترى لا
بل اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بالف درهم لا يتحالفان
ويكون القول قول البايع مع يمينه وعلى المشترى البينة هذا كلامه
وهذا تصريح بان الاختلاف فى قدر المبيع لا يوجب التحالف وهو
خلاف المذكور هنا وخلاف النص الوارد فى التحالف فهو يحتاج الى
تامل وايضا ذكر فى الكافى فى اخر فصل التحالف ادعى رجل على رجل انه
باعه هذا العبد بمائة دينار وقال المشترى ما اشتريت الا نصفه
بخمسمائة دراهم فالقول للمشترى فى النصف الذى انكر البيع فيه اصلا
وتحالفا فى النصف الاخر فيحلف المشترى فى النصفين يمينا واحدا بالله
ما اشتريته بمائة دينار فان نكل لزم البيع بمائة دينار وان حلف
لم يثبت البيع فى احد النصفين فيحلف بايعه ما بعت نصفه بخمسمائة
فان نكل لزمه البيع بخمسمائة وان حلف تم التحالف فالقاضى يفسخ البيع
بينهما اذا طلبا او طلب احدهما كامر هذا كلامه وما ذكرهنا من جريان
التحالف عند اختلافهما فى قدر المبيع تمسكا باطلاق قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يقتضى ان يجرى التحالف
بينهما فى المسئلة المذكورة فى النصفين جميعا لانهما اختلفا فى قدر المبيع
وجنس الثمن غاية الامر ان المنكر بالنظر الى الاختلاف فى قدر المبيع
هو المشترى لكن اطلاق النص لا يفرق بين ما اذا كانا منكرين او كان
المنكر احدهما حتى نجرى التحالف بينهما اذا اختلفا فى قدر الثمن بعد قبض المبيع

مع ان المنكر فيه هو المشترى لاطلاق النص بخلاف القياس فكذا اذا اختلفا
فى قدر المبيع وجنس الثمن كما فى المسئلة المذكورة اذ النص باطلاقه يقتضى
التحالف فيه ايضا قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
وهذا اختيار ابى حازم القاضى فاما فى اصل رواية المبسوط فلم يشترط فى ان
التحالف يخالف القياس هذا الشرط فقال واذا اختلف البايع والمشترى
فى الثمن والسلعة قائمة فى يد البايع او المشترى فانهما يتحالفان ويترادان
استحسانا وفى القياس القول قول المشترى لانهما اتفقا على اصل البيع
وادعى البايع الزيادة فى الثمن والمشترى ينكر فالقول قوله مع اليمين ولكنا
تركنا القياس للسنة والمروى فى الباب حديثان احدهما حديث ابن مسعود
رضى الله عنه انه عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها
فالقول ما يقوله البايع ويترادان والثانى حديث ابى هريرة رضى الله عنه
ان النبى عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا الحديث مشهور
يترك به كل قياس بمقابلته ثم قال فكان ابو حازم القاضى يقول ان كانت السلعة
فى يد البايع فالتحالف فيه بالقياس لان كل واحد يدعى لنفسه حقا على ما ذكر
فيحلف كل على دعوى صاحبه قياسا وان كان فى يد المشترى فالتحالف فيه على خلاف
القياس لان المشترى لا يدعى لنفسه على البايع شيئا فان المبيع سلم اليه باتفاقهما
كذا فى الشرح وقد يقال لو كان التحالف قبل القبض مخالفا للقياس عند غير القاضى
لما جرى التحالف عند غيره فى الاجارة وبين الوارثين قياسا على البيع لامتناع
القياس على ما ورد بخلاف القياس وقد اثبتوا التحالف فى الاجارة وبين
الوارثين من غير ذلك الخلاف فيها وعن هذا قيل لا اختلاف بين رواية
المبسوط وما اختاره القاضى فى الحقيقة فالقاضى اراد بالقياس القياس
الخفى والمراد بالقياس فى رواية المبسوط هو القياس الجلى وجاز ان يكون
الشئ مستحسنا بالحديث والقياس الخفى ايضا وقوله وكان القاضى ابو حازم
الى اخره لم يذكر لبيان التحالف بل التحقيق لاتفاق المعنوى فصار حاصل ما
ذكر فى المبسوط ان التحالف قبل القبض مستحسن بالحديث والقياس
الخفى ايضا وبعد القبض مستحسن بالحديث فقط وهذا هو الموافق للاصول
فتامل قوله لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قايمة تحالفا وترادا فان قلت هذا الحديث من الاحاد وقوله
البينة للمدعى واليمين على من انكر من المشاهير فكيف يجوز تخصيصه به
قلنا هذا الحديث ايضا مشهور على ما ذكرنا من المبسوط فيجوز التخصيص به
وهنا يسقط ايضا ان راويه ابو هريرة رض وهو غير فقيه والخبر اذا كان

مخالفا للقياس وكان رواية غير فقيه يترك بمقابلة القياس ووجه السقوط
ان هذا خبر مشهور والمشهور لا يترك بالقياس وان كان رواية غير فقيه
وانما ذلك في الاحاد الا يرى ان حديث الناسي في الصوم لما كان مشهورا
قدم على القياس وان كان راويها ابا هريرة رضي الله عنه وهو غير فقيه على ان
في اشتراط فقه الراوي لتقديمه على القياس وكون ابي هريرة غير فقيه كلاما
فيما بينهم عرف تمامه في اصول الفقه **فان قيل** لما خص قوله البينة للمدعي
واليمين على من انكر بقوله اذا اختلف المتبايعان الحديث صار ظنيا
فلم لا يجوز تخصيصه بما روي ان النبي عليه السلام قضى بشاهد ويمين
قلنا التخصيص انما يوجب الظنية ان لو كان المخصص معقول المعنى وحديث
التحالف معدول به عن القياس فلا يوجب ظنية المخصوص فلا يجوز تخصيصه
بحديث القضاء بشاهد ويمين على ان يحيى بن معين قد رده فلا يصلح
مخصصا **فان قيل** حديث التحالف متروك الظاهر لان ظاهره يقتضي
وجوب التحالف مطلقا اختلفا في قدر المبيع او قدر الثمن او في الاجل وفي شرط
الخيار فكيف يجوز تخصيص المشهور به **قلنا** متروك الظاهر انما لا يكون
حجة اذا بقي مجملا بعدما ترك ظاهره والا فهو حجة كما كان الا يرى ان
المطلق بعد التقييد يبقى حجة قطعية وان كان هو متروكا وحديث
التحالف مطلق قيد بالبيع فيبقى حجة كما كان **قوله** لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن **قلت** كونه مما يطالب بالثمن
اولا يوجب كونه اسبقهما انكارا وسبقة الانكار منه لا يوجب
شدته فلو قال لان المشتري اسبقهما انكارا لكان اولى **قوله** والاصح
الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت على ذلك اي للنفي وقد نشكل
على هذا ما ذكر في الكافي في اول الشهادات من قوله وكذا في رد البيع
اذا اشتراها بشرط انها بكر وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم
نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع انها لبكر كما تقول
ان كان قبل القبض وان كان بعد القبض بالله لقد سلمتها وهي بكر هذا
كلامه الا ان يقال رعاية صورة النفي من اداب الاستحلاف فلو اكتفى
بما يتضمن النفي من الاثبات لم يكن به باس لانه قد اتى بما هو المستحق الا انه
ترك الادب **قوله** فسخ القاضي العقد بينهما يعني ان طلبا او طلب
احدهما بخلاف اللعان فان القاضي يفرق بينهما طلبا منه او لم يطلب
والفرق ان اللعان يثبت حرمة المحل والحرمة حق الشرع فلا يحتاج الى طلب
العبد كذا في الحاشية **قلت** انما يشترط هنا طلب احدهما لان البيع

وان فسد

وان فسد بالتحالف فهو يحتمل ان يعود صحيحا بالاصطلاح على مر وربما لا يرضى
المتعاقدان بالفسخ فيشترط طلب احدهما لينقطع رجاء الاصطلاح وكما
يجوز دفع الفساد في البيع بالاصطلاح هنا يجوز للزوج بعد اللعان
ان يكذب نفسه فيرتفع الحرمة باكذابه فينبغي ان يتوقف الحكم بوقوع الفرقة
بينهما على طلبه لينقطع رجاء الاكذاب الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر العجلاني بالامساك بعد التلاعن حيث قال امسكها ومعناه والله
اعلم امسكها باكذاب نفسك الا ان يقال اكذاب النفس بعد التلاعن
بعيد في العادة اما الاصطلاح فكثيرا ما يوجد في المبايعات والتقريب
بعد ذلك ظاهر **قوله** وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف وهو الصحيح
وقيل ينفسخ بنفس التحالف كذا في الكافي **قلت** العقد بعد التحالف
يبقى فاسدا اما للجهالة او عدم البدل لما سياتيك التصريح به وفساد البيع
لا يوجب انفساخه بل لا بد من الفسخ فالقول بانفساخ العقد بنفس التحالف
ليس بصحيح سيما اذا اريد بالتراد في قوله اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا التفاسخ ليتناول ما بعد القبض وقبله لانه اشارة ظاهرة الى ان
التحالف لا يوجب الانفساخ **قوله** فيبقى بيع مجهول **قلت** ان كان هذا
تعليلا لصورة الاختلاف في قدر المبيع كان قوله فيبقى بيع مجهول على
وان كان تعليلا لصورة الاختلاف في قدر الثمن بقوله بيع مجهول
ماول معناه فيبقى بيعا بثمن مجهول والظاهر انه تعليل للصورتين
اي فيبقى بيعا له تعلق بامر مجهول سواء كان ذلك الامر ثمنا او مبيعا
قوله فيفسخ القاضي قطعا للمنازعة مشكل اذ جهالة المبيع او الثمن
لا يحوج الى فسخ القاضي كما في ساير صور الجهالة فكان المنظور بالترتيب
انما هو نفس الفسخ اما ذكر القاضي فقد وقع اتفاقا **قوله** او يقال اشار
اشار الى ان فساد البيع اما لجهالة البدل او عدمه اما الجهالة فلان
حلف كل واحد منهما يوجب الاشتباه فيما ادعاه الاخر ومتى وقع
الاشتباه في مدعى كل منهما صار ما ادعى كل واحد ثمنا مجهولا واما
عدم البدل فلان كلام كل منهما لما سقط عند التعارض صار كانهما
سكتا عن ذكر البدل والسكوت عن ذكره يوجب الفساد **قوله** يبقى
بيعا بلا بدل وهو فاسد فلا بد من الفسخ **فان قلت** في البيع الفاسد
لا يحتاج الى فسخ القاضي كما في ساير البيوع الفاسدة **قلت** انما يستبدان
بالفسخ في ساير البيوع الفاسدة لظهور الفساد هناك في حقهما فيوثران
بالفسخ فيتمكن كل واحد منه بانفراده ضرورة ان اقامة الواجب لا يمكن

الا بالتمكن منه اما ههنا فالفساد غير ظاهر في حقهما لان الفساد ههنا باعتبار عدم البدل او جهالته والبدل ثابت متعين في حقهما لان كلا منهما يدعي بيعا صحيحا ببدل متعين فلا يثبت في حقهما الفساد فلا يؤمران بالفسخ فلا يستبدان به بل يصبران حتى يصطلحا على شيء او يرفع الامر الى القاضي فيفسخه بطلبهما وبهذا يندفع ما يقال لما كان البيع فاسدا ينبغي ان لا يحل للمشتري وطي الجارية المشتراة بعد التحالف والمسئلة بخلافه وهذا لان الفساد لما لم يكن ظاهرا في حقهما فلا يثبت الحرمة للمشتري على ان الامام الحلواني رحمه الله قال في البيع الفاسد لا يحرم الوطي ولكنه يكره **فان قلت** لو كان البيع فاسدا لكان ينبغي ان لا يتوقف الفسخ ههنا الى طلبهما او طلب احدهما اذ الفسخ في الفاسد من البيع حق للشرع لا حقهما فلا يحتاج الى طلبهما او طلب احدهما **قلت** انما توقف لان هذا البيع يحتمل الصحة بان اصطلحا على شيء فلو فسخ بغير الطلب لتضرر به المتعاقدان لانهما ربما لا يرضيان بالفسخ اما اذا طلبا او طلب احدهما الفسخ فح يرتفع احتمال الصحة بالاصطلاح فيفسخ وفرق اخر بين صورة التحالف وساير البيوع الفاسدة ان الواجب في ساير البيوع انما هو فسخ العقد على كل واحد من المتعاقدين فينفرد كل منهما بالفسخ اذ الامر يقتضي تمكن المأمور بما امر به والواجب في صورة التحالف هو التفاسخ اذ المراد بالتراد والله اعلم التفاسخ اذ لا تراد قبل قبض المبيع او الثمن والحديث مطلق فان تراضيا عليه وان امتنع احدهما ينوب القاضي منابه دفعا للظلم عن الاخر فعلى هذا شرط قضاء القاضي من مقتضيات النص لا زيادة على النص بالرأي والله اعلم وفي الحاشية **فان قلت** البيع بلا بدل يكون باطلا وليس بفاسد وههنا قال انه فاسد **قلت** سلمنا ان البيع بلا بدل باطل لكنه ابتداء اما بقاء ففاسد وههنا حالة البقاء بدليل قوله بقي بيعا بلا بدل انتهى لفظها **وفيه نظر** لان البيع اينما يبطل انما يبطل باعتبار عدم الاهلية او المحلية ولا سبيل ههنا الى البطلان باعتبار عدم الاهلية فتعين بطلانه لعدم المحلية وما يرجع اليها فالابتداء والبقاء فيه سواء كالشيوع يمنع ابتداء الرهن لعدم كون الشائع محلا للرهن فكذا يمنع بقاءه وكالمحرمية في باب النكاح فانها كما تمنع الابتداء تمنع البقاء ايضا فلما كان بطلان البيع بلا بدل باعتبار عدم المحلية ينبغي ان يستوي فيه الابتداء والبقاء فالاولى ان يقال ان المراد بقوله بلا بدل بلا ذكر بدل وسكوتهما عنه وقد ذكر المصنف

في كتاب الوصايا قبيل فصل في اعتبار حالة الوصية ان البيع بدون ذكر الثمن فاسد وليس بباطل حيث قال ولكن الثمن في البيع تابع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا وفي الخزانة باع بغير ثمن هل ينعقد فيه روايتان واجمعوا انه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد وههنا لما لم يثبت البدل بالاختلاف صار كانهما سكتا عن ذكر الثمن فيبقى منعقدا على وجه الفساد نعم يشكل بانه اذا بقي بلا بدل عند الاختلاف في الثمن لزم ان يبقى بلا مبيع عند الاختلاف في قدر المبيع والبيع بلا ثمن ان كان فاسدا فهو بلا مبيع باطل وايضا الاختلاف ههنا ما وقع في نفس الثمن حتى لا يثبت بالتعارض وجوده فيبقى بيعا بلا بدل بل الاختلاف ههنا في قدر الثمن فغاية الامر انه لا يثبت الزيادة بالتعارض اما الاقل الذي لا تعارض فيه فلا مانع من ثبوته نعم يتاتى هذا التعليل فيما اذا وقع الاختلاف في جنس الثمن فليحمل عليه **قوله** وفي استيفاء بعض الثمن لا وجه لتخصيص بعض الثمن بالذكر اذ الحكم عند اختلاف المتعاقدين في استيفاء كل الثمن كذلك اذ القول فيه قول البايع مع يمينه لانه منكر للاستيفاء **قوله** الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه **فان قلت** الوصف لا يجب ان يكون لازما للموصوف بحيث لا يتحقق الموصوف الا مع الوصف وان كان الوصف لا يتحقق الا مع الموصوف فوجود الثمن بعد مضي الاجل وزواله لا يوجب عدم كون الاجل وصفا الا يرى ان الجودة والرداءة من اوصاف الثمن مع ان الثمن قد يكون بلا جودة او بلا رداءة فعلم ان الوصف لا يلزم ان يكون مع الموصوف ابدا **قلت** المراد بوجود الثمن بعد مضي الاجل بقاؤه واجبا في الذمة بعد حلول الاجل وان الواجب بصفة لا يبقى واجبا الا بتلك الصفة والثمن المؤجل يبقى واجبا بعد مضي الاجل فلو كان الاجل من اوصاف الثمن لم يبق واجبا بعد مضيه اذ الواجب بصفة لا يبقى الا بتلك الصفة فعلم ان الاجل ليس من اوصاف الثمن **فان قلت** يقال ثمن حال وثمن مؤجل بوصف الثمن بالحلول والتاجيل **اجيب** بانهما من الصفات الاعتبارية دون الحقيقية التي يجب الثمن في الذمة معها ويؤخذ المكلف باداء الثمن مع تلك الصفات حتى يختلف الواجب بوجودها او عدمها **قوله** والقول قول من ينكر الخيار والاجل وفرق بين هذا وبين الاجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعي الاجل عند ابي حنيفة رح وههنا القول لمن انكر الاجل لان الاجل هناك من شرايط صحة العقد فاقراره بالعقد اقرار به

وبما هو من شرايطه فاذا انكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الاقرار بعد ما اقر به فلا يصدق اما ههنا فالاجل ليس من شرايط العقد ولا من مقتضياته لان مقتضى العقد ايفاء الثمن والمعقود عليه في المجلس فالمشتري يدعي عليه التاخير وهو ينكر فكان القول للمنكر كذا في الشرح وفيه نظر لان الاجل في السلم ليس بشرط اتفاقا فالشافعي رح جوز السلم الحال ايضا والعوام لا علم لهم بالمسائل سيما الاجتهادية منها فلا يكون الاقرار بالسلم اقرارا بوجود الاجل على ان البينة في السلم مقبولة من منكر الاجل ولو كان انكاره انكارا بعد الاقرار به لكان متناقضا والبينة على الدعوى المتناقضة باطلة قوله وانه يفيد دفع زيادة الثمن اي ان التحالف يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وهذا جواب ما يقال ما فائدة التحليف على قول محمد رح بعد الهلاك مع عدم حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف كذا في الشرح وفيه نوع تامل لان محمدا رح يقول بفائدة التحالف وهو الفسخ صرح به المصنف قبيل هذا حيث قال وقال محمد رح يتحالفا ويفسخ العقد على قيمة الهالك فاذا كان فائدة التحالف وهو الفسخ ثابتا عنده لم يكن لهذا السؤال معنى وكذا لا يصلح على هذا المعنى قوله فيما بعد وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد جوابا عن قوله وانه يفيد كما يعرف بالتامل فالظاهر ان الضمير في قوله وانه راجع الى ما يدعيه المشتري من العقد والمراد بالدفع هو دفع المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع عليه من نفسه ذكر هذا جوابا عما سياتيك من قول ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود يعني ان ما يدعيه المشتري من العقد غير مفيد لحصول مقصوده له ولا معتبر بالسبب بعد حصول المقصود اذ لا فائدة فيه فاجاب عنه بان في دعواه فائدة وهو دفع زيادة الثمن عن نفسه ثم اجاب عن هذا في تخريج الشيخين بقوله انما يراعى يعني ان الفائدة التي ذكروا من دفع زيادة الثمن عن نفسه ليس من موجبات ما يدعيه المشتري من العقد بل هو موجبات التحالف وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد فلا يعتبر دعوى العقد بدون فائدة يوجبه فصار دعواه كعدمه فلم يعتبر الدعوى الا من قبل البايع ولئن كان الضمير في قوله وانه للتحالف فالظاهر ان هذا بيان فائدة التحالف على تقدير النكول بعدما اشار الى فائدته على تقدير الحلف اي ان حلفا

ففائدة

ففائدته الفسخ وان نكل احدهما ففائدته دفع زيادة الثمن عن المشتري لو نكل البايع ودفع زيادته على المشتري الى البايع لو نكل المشتري لا انه جواب عما زعم الشارح قوله كما اذا اختلفا في جنس الثمن وذكر في الجامع الكبير فصل اختلافهما في جنس الثمن بعد هلاك السلعة على الاختلاف ايضا قلنا ان نمنع قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وفيه نظر اما اولا فلانه لو ادعى احدهما الهبة والاخر البيع تحالفا مع انه اختلاف في السبب بعد حصول المقصود واما ثانيا فلان المقصود من البيع شيئان سلامة المبيع للمشتري وسلامة الثمن للبايع والثمن بتمامه لم يسلم له على زعمه فلا يكون المقصود بالسبب حاصلا من كل وجه بخلاف ما اقر لفلان بالف من ثمن عبد فقال المقر له لا بل غصب اذ مقصود كل هو وجوب الالف وهو حاصل من كل وجه فلا يبالي بالاختلاف في السبب هناك واما ثالثا فلان هذا الوجه يقتضي ان لا يجب التحالف حال قيام السلعة ايضا لحصول المقصود واما رابعا فلان الحديث قد روي مطلقا عن قيد قيام السلعة فينبغي ان يجري التحالف حالة الهلاك ايضا عملا باطلاقه واما خامسا فلان البينة مقبولة من المشتري فلو كان لا يبالي بدعواه مجرد السبب لما قبلت والجواب اما عن الاول فلان الاختلاف في السبب انما لا يبالي به ان لو اتحد حكمهما اما اذا اختلف حكمهما فحينئذ يبالي بذلك صرح به المصنف رح في الجنايات ولا شك ان حكم الهبة يغاير حكم البيع لان الثابت بها يحتمل الرجوع ويتوقف على القبض بخلاف الثابت بالبيع فلا يكون ذكرهما لغوا فيبالى بالاختلاف فيجري التحالف واما عن الثاني فلان حصول المقصود من البيع في حق المشتري يكفي لعدم جريان التحالف لان المقصود لما كان حاصلا في حقه يكون ذكر السبب بالنظر اليه لغوا فلا يكون البايع في حقه منكرا للبيع بالف فلا يجب عليه اليمين للمشتري فاذا لم يجب اليمين على البايع حصل المدعى واما عن الثالث فلان التحالف حال قيام السلعة ثابت بالنص على خلاف القياس واما عن الرابع فقد ذكروا عنه جوابين احدهما وهو الاصح ان في لفظ الحديث المطلق ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد رد المأخوذ حسا وحقيقة فظاهر انه لا يتاتى الا عند قيام السلعة وان كان المراد رد العقد وفسخه فكذلك لما ان الفسخ يستدعي قيام العقد وذلك بقيام المعقود عليه وثانيهما ان المطلق والمقيد اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فالمطلق محمول على المقيد

وفيه نظر لما عرف ان المطلق والمقيد اذا وردا في السبب لا يحمل المطلق
على المقيد اذ لا مزاحمة في الاسباب لجواز ان يثبت الحكم الواحد بعلل
شتى ولا يخفى ان النصين وردا في السبب لا في الحكم وبه صرح المحققون
من ائمة الاصول وهو الحق فلا يحمل المطلق على المقيد نعم ذكر في المنار
انه اذا كان في احد الخبرين زيادة فان كان الراوي واحدا يؤخذ بالمثبت
للزيادة كما في الخبر المروي في التحالف وهو رواية ابن مسعود رضي الله عنه
واما عن الخامس فقد قيل ان المشتري مدع صورة والدعوى الصورية
تكفي لقبول البينة الا يرى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل بينته
وان كان لا يتوجه بدعواه اليمين على خصمه اعتبارا للمعنى اذ المنكر معنى
هو المودع لانه ينكر الضمان والمودع يدعيه وفيه نظر لان صورة الدعوى
وان كانت تكتفي لقبول البينة لكن اذا كانت معتبرة مفيدة ودعوى
مجرد السبب على ما ذكر غير معتبر لعدم الفائدة التي هي من موجبات السبب
فينبغي ان لا يترتب عليه البينة وسيأتيك في باب ما يدعيه الرجلان
التصريح بان القضاء بمجرد السبب من غير ان يفيد حكمه باطل من حيث انه
غير مقصود فالاولى ان يقال ان دعوى المشتري لما كان مفيدا دفع
زيادة الثمن عنه اعتبرت لقبول البينة ولما لم يكن تلك الفائدة من موجبات
العقد لم يعتبر للاستحلاف عملا بالاعتبارين ولم يعكس لان مجال البينة
اوسع قوله وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد يشكل بما اذا باع عبدا فقتله
رجل قبل التسليم الى المشتري عمدا فان البيع يبقى لما فيه من فائدة استيفاء
القصاص مع القطع بان القصاص ليس من موجبات عقد البيع بل من موجبات
قتل من له عليه ولاية الا ان يقال القصاص بدل المحل من وجه وللبدل
حكم المبدل فكان استيفاء القصاص كقبض المبيع وفائدة قبضه من موجبات
العقد قوله وان هلك احد العبدين اي بعد ما قبضهما المشتري لانه
ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان رجل اشترى عبدين ومات احدهما ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه ثم قال بعد هذا في حجة محمد
بانه يتحالفان عليهما بقوله ولهذا لو هلك احدهما قبل القبض يتحالفان
وبهذا يعلم ان بعض المبيع اذا هلك قبل القبض يتحالفان بالاجماع
كذا في الشرح قلت لو كان التحالف قبل القبض عند هلاك احد العبدين
بالاجماع لا يشكل على الوجه الثاني من الوجهين المذكورين في الكتاب لابي حنيفة
رضي الله عنه اعني قوله ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته
من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف

مع الجهل

مع الجهل وذلك لا يجوز ووجه الاشكال ظاهر لان هذا الوجه يقتضي ان لا يجوز
التحالف عند هلاك بعض المبيع قبل القبض وبعده لانه يؤدي الى التحالف
مع الجهل في الفصلين على ما لا يخفى قوله لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح فان قلت
ما الفرق له بين هذه المسألة ومسألة الاجارة فيما اقام القصار بعض
العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة ما اقام من العمل
القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع واستيفاء
بعض المنفعة كهلاك احد العبدين من حيث ان بالهلاك والاستيفاء لا يبقى
التحالف ثم في هلاك بعض المبيع لا يبقى التحالف عنده وفي استيفاء بعض
المنفعة يبقى التحالف في حق ما لم يستوف قلنا الفرق بينهما من حيث ان
عقد البيع في العبدين واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي
والاجارة عقود متجددة فيتعذر الفسخ في البعض لا يتعذر في الباقي
هكذا ذكر في المبسوط كذا في الشرح وهذا الفرق مذكور في المتن في مسألة
الاختلاف في الاجارة قوله وقال ابو يوسف رح يتحالفان في الحي
ظاهره يوافق ما ذكره البعض من انهما يتحالفان في القائم بحصته من الثمن
دون الهالك ولكن الصحيح انهما يتحالفان فيهما جميعا على ما سيأتيك في الكتاب
ان شاء الله تعالى قوله والقول قول المشتري في قيمة الهالك هذا معدول
عن ظاهره والمراد القول قول المشتري في حصة الهالك اي يؤخذ
حصة الهالك من الثمن الذي يدعيه المشتري دون البائع وانما عدل
عن الظاهر لما سيأتي في تخريج قول ابي يوسف رح انهما اذا اختلفا في قيمة
الهالك يوم القبض فالقول للبائع قوله ولانه لا يمكن التحالف في القائم
الا على اعتبار حصته من الثمن فان قلت لم لا يجوز ان يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع والبائع بالله ما بعتهما بما يدعيه المشتري
فان حلفا يفسخ البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك مما يدعيه من الثمن فلا يلزم التحليف مع الجهل كما يلزم ذلك
لو حلف كل واحد منهما بعد تقسيم الثمنين عليهما اجيب بانه لو حلف
قبل تقسيم كل من الثمنين لزم التحالف على الهالك ايضا وانه من حيث انه
لا يقبل حكم التحالف ليس بمحل له فلا بد من تقسيم الثمنين عليهما ثم التحالف
على القائم ولكن هذا يشكل بما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك احدهما
قبل القبض حيث يتحالفان في القائم هنالك بالاجماع على ما ذكره الشارح
ولا يمكن التحالف بعد التقسيم فيتعين التحالف على الثمنين كما قيل ولكنه
يستلزم التحالف على الهالك ايضا وانه ليس بمحل له فالاولى ان يحلف المشتري

بالله ما اشترى القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالف عند القسمة على قدر قيمتهما ويحلف البايع بالله ما بعت القايم على ان يبقى مبيعا بعد هلاك صاحبه بما يخصه من الالف فلا يلزم التحالف مع الجهل ولا في الهالك فكان المعول عليه هو النكتة الاولى والثانية الزامية على من يقول بالتحالف على قول ابي يوسف في القايم بعد تقسيم الثمن وتعيين حصته منهما والله اعلم **قوله** الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك اصلا اي يخرج الهالك عن العقد ويجعل القايم كل المعقود عليه وهذا اشارة الى ان الزيادة والحط في الثمن والمبيع يلتحقان باصل العقد لانهما يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير غير ان الحط عن المبيع كما يصح عند قيام المحطوط يصح عند هلاكه ايضا اذ الاخراج عن العقد لا يحتاج الى قيام المعقود عليه انما المحتاج اليه ادخاله في العقد والزيادة فيه فاذا اتفقا على اخراج الهالك عن العقد صار الثمن كله بمقابلة القايم فلا يجوز للمشتري ان يحلف ما اشترى القايم بما يدعيه البايع اذا كان قد اشتراهما به واذا حلفا وتفاسخا العقد لم يكن للبايع سوى القايم وهذا ليس بقوي لان تغيير العقد بالحط عن المبيع او بالزيادة فيه او بالحط عن الثمن او الزيادة فيه يتوقف على التراضي وقد خص في الكتاب رضاء البايع بالذكر ولم يذكر رضاهما اللهم الا ان يقال ان رضاء المشتري ايضا شرط ومعناه والله اعلم الا ان يرضى البايع ان يخرج الهالك عن العقد ويساعده المشتري على ذلك لكنه لم يذكر رضاه واكتفى بذكر رضاء البايع لان نص البايع في الحط عن المبيع بعد هلاك احد العبدين بعد القبض باخراج الهالك عن العقد ظاهر **قوله** وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا يعني المراد بالمذكور في الجامع الصغير ما هو المذكور في الكتاب من قوله الا ان يرضى البايع الخ ومعناه الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي بعد التحالف ولا شيء له من ثمن الهالك يعني يرضى باخراج الهالك عن البيع وجعل كل الثمن بمقابلة الحي الخ ياخذ بعد التحالف شيئا الا الحي كما لو كان المبيع هو الحي من الابتداء ويحتمل ان يكون معناه الا ان ياخذ البايع الحي صلحا عن جميع ما يدعيه على المشتري من الزيادة والاصل فحينئذ لا تحالف ولا يمين على المشتري وهو صرف الاستثناء الى اليمين والاول هو الظاهر لان ضمير قوله قالوا يرجع

في الظاهر الى المشايخ الذين زعموا ان الاستثناء منصرف الى التحالف **قوله** وقال بعض المشايخ رحمهم الله ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة اي عدم الاخذ مختص على الزيادة لا يتعداها يعني القول قول المشتري مع يمينه الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي صلحا عن الزيادة التي يدعيها على المشتري وفي الهالك ياخذ بقول المشتري فحينئذ لا يمين على المشتري **قوله** وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف يعني انهما لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي ولا يخاصمه في الهالك فح لا يحلف المشتري لان المشتري انما يحلف اذا كان منكرا ما يدعيه البايع فاذا اخذ البايع الحي صلحا عن جميع ما ادعاه على المشتري سقط دعوى البايع فلا حاجة الى تحليف المشتري كذا في الكافي ويقال هذا لا يقوى اذ الصلح لا يتم برضاء البايع بل لا بد من رضى المشتري ايضا فلو كان المراد اخذ الحي صلحا عما يدعيه المشتري لذكر رضاهما اللهم الا على حذف المعطوف اي الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي صلحا ويساعده المشتري عليه فح لا يمين على المشتري **قوله** لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري **قلت** لو اخذ البايع بقول المشتري وصدقه فيما يقول لم يجز له اخذ الحي صلحا عما يدعيه لان تصديق المشتري اعتراف بانه لا شيء له قبل المشتري من الزيادة التي يدعيها عليه وح لم يجز له ان ياخذ بدل الزيادة الحي الذي هو خالص ملك المشتري صلحا الا ان يأول قوله لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه بان المراد بالاخذ بقول المشتري ترك الخصومة معه وبالتصديق جعله في حكم المصدق اي لما ترك الخصومة فكانه صدقه لان كلا من ترك الخصومة والتصديق يتلازمان **قوله** والصحيح ان يحلف المشتري وفي الكافي وتفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله عند البعض ان يتحالفا على القايم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت القايم بالف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بالفي درهم ثم حلف بالله ما اشترى احدهما بالف كان صادقا فلا يمتنع المشتري عن الحلف على القايم بهذا التاويل فلا يفيد التحالف هذا كلامه وله نوع تناف مع ما مر في البيع الفاسد من قوله لو اشترى امة بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل نقد الثمن بخمسمائة صح الشراء في التي لم يشترها من البايع لانه لا مفسد فيها

وبطل فى الاخرى لانه لابد وان يجعل بعض الثمن ثمن امة لم يشترها منه
فكان مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا هذا لفظه
ووجه التنافر ظاهر لانه انما يكون صادقا فى حلفه انه ما اشترى احدهما
بالف اذا اشترى شيئين بالفى درهم وقيمتهما سواء اذ لم يكن المشترى شيئين
بالفين مشتريا احدهما بالف عند استواء قيمتهما وح لا يلزم فى مسئلة
الجاريتين شراء المشتراة باقل مما بيعت لانه اشتراهما بخمسمائة فلم يكن
مشتريا لاحدهما بما يخصه عند تقسيم الثمن على قيمتهما الا ان يقال مبنى الايمان
على العرف والمشترى للشيئين بالفين وان كان مشتريا احدهما بالف
عند استواء قيمتهما ولكن لا يقال فى العرف انه اشترى احدهما بالف
وفى شراء ما باع باقل مما باع المعتبر الحقيقة وبالنظر الى الحقيقة انه
مشتر احدهما بما يخصه من الثمن والله اعلم قوله ويلزم المشترى حصة الهالك
اى ما يخصه مما اقر به المشترى اذ الماخوذ عنده فى الهالك قول المشترى
مع يمينه قوله ويعتبر قيمتهما فى الانقسام يوم القبض وقد يقال يجب
ان يعتبر قيمتهما يوم العقد اذ القيمة انما تعتبر هنا لانقسام الثمن لا للتضمين
والموجب للانقسام هنا هو العقد دون القبض فيجب ان يعتبر قيمة
يوم العقد الا ان يقال الموجب للانقسام ان كان هو العقد ولكن
تمام العقد بالقبض فيعتبر قيمة يوم القبض لانه يوم تمام العقد نعم
يشكل الفرق بينه وبين ما اذا اشترى سلعة بالفلوس او بالعشر
ثم كسدت الفلوس وترك الناس المعاملة بها فعليه قيمتها عند ابى يوسف
يوم البيع لانه مضمون به وقد مر فقدا وجب عنده كساد الفلوس
قيمتها يوم البيع دون القبض وهنا اعتبر للانقسام قيمة يوم قبض
المبيع دون البيع ومما ذكر من ان البيع وان كان ينعقد بالايجاب
والقبول فهو انما يتم بالقبض فيعتبر قيمة يوم التمام يقتضى ان يجب قيمة
الفلوس التى كسدت بعد الشراء بها يوم قبض المبيع لانه يوم تمام العقد
فاعتبار نفس العقد لاعتبار قيمة الفلوس وتمامه لاعتبار قيمة
المبيع عند قسمة الثمن يحتاج الى مزيد تامل قوله وان اختلفا فى قيمة
الهالك يوم القبض فالقول للبايع فان قلت القول للقابض ضمينا
كان او امينا لانه اعرف بحال المقبوض والقابض هنا هو المشترى
فيجب ان يكون القول له اجيب بان القول انما يكون للقابض فى قيمتها
ان لو كان المقصود هو القيمة والمقصود هنا دعوى زيادة السقوط
فالمشترى يدعيه والبايع ينكر فيكون القول للمنكر قوله لانها اكثر اثباتا

ظاهرا

ظاهرا وانما قال ظاهرا لان بينة المشترى ايضا اكثر اثباتا لانها تثبت
زيادة السقوط الا انها تثبت الزيادة معنى لا ظاهرا وفى البينات تعتبر الظاهر
فمن كان بينته اكثر اثباتا فى الظاهر كانت بينته اولى وان كانت بينة
غيره اكثر اثباتا فى المعنى وفى الكافى فان قيل المشترى بدعواه يدعى
زيادة فى قيمة القايم فوجب ان يقبل بينته لاثباته الزيادة قلت
الذى وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف فى قيمة
القايم تثبت ضمنا للاختلاف فى قيمة الهالك فبينة البايع قامت
على ما وقع الاختلاف فيه قصدا فكانت احق بالاعتبار هذا كلامه
قلت ذكر الشيخ رحمه الله قبيل هذا الاختلاف بقوله وان اختلفا فى قيمة الهالك
يوم القبض فقال المشترى قيمته وقت القبض كانت خمسمائة وقيمة القايم
الفا وقال البايع على عكسه هذا لفظه فقد ذكر الاختلاف فى قيمة
الهالك والقايم جميعا فجعل المشترى مدعيا الزيادة فى قيمة القايم
والنقصان فى قيمة الهالك والبايع على عكسه وهذا لا ينبئ عن كون الاختلاف
فى الهالك قصدا وفى القايم ضمنا كيف والمقصود انما هو قسمة الثمن
الذى يدعيه المشترى على القايم والهالك جميعا ولا يخفى ان القسمة
يتوقف على التعرض لقيمتهما جميعا فيجب ان يتعرض كل منهما القيمة كل من العبدين
كما ذكر الشيخ رحمه الله عند بيان الاختلاف بين المتعاقدين توضيحه ان
المقصود هنا انما هو قسمة الثمن الذى يدعيه المشترى على القايم والهالك
على حسب قيمتهما وقسمته عليهما بحسب القيمة يتوقف على اثبات قيمتهما او لا
فكان اثبات قيمة كل منهما مقصودا بالغير لا ان يكون احدهما مقصودا والاخر
تابعا وجوابه ان كلا من المتعاقدين وان كان يتعرض لقيمة كل منهما
الا ان مقصود البايع اثبات الزيادة فى قيمة الهالك واثبات النقصان فى قيمة
الهالك ضمنى ومقصود المشترى اثبات النقصان فى قيمة الهالك واثبات الزيادة
فى قيمة القايم ضمنى فيعتبر اقامة البينة على المقصود فى كل جانب قوله وانما
اثبتناها بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه
على ما مر اذ المشترى يدعى زيادة فى الثمن والبايع ينكره والبايع يدعى وجوب
التسليم على المشترى بعد الاقالة بما يدعيه من الثمن والمشترى ينكره وعكس
ذلك فى البيع وقد يشكل الفرق بين الاقالة اذا وقع الاختلاف فيها قبل
القبض بحكم الاقالة وبين فسخ البيع بخيار الشرط او الرؤية او العيب
بعد قبض المبيع اذا كان الرد بالعيب بالقضاء حيث لا تحالف فيه اذا اختلفا
فى قدر الثمن بعد فسخ البيع بحكم الخيار مع ان القياس فيه انما هو التحالف

اذ المشتري يدعي زيادة في الثمن والبايع ينكره والبايع يدعي وجوب التسليم
على المشتري بما يدعيه من الثمن فيجب ان يحلف كل منهما لقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر قوله والقيمة على العين فيما اذا استهلكه
غير المشتري فان قيل التحالف في هذه الصورة منصوص عليه لقوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فانه يتناول حال بقاء السلعة
وحال عدمها قلنا لا بل هي غير منصوص عليه لان هذا المطلق محمول
على المقيد كما مر فكان المراد من هذا المطلق المقيد وكذا قرينة الترادد
على بقاء السلعة كذا في الكافي وفي النكتتين بحث اما في الاولى فلان
الحمل انما يجب اذا وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فاما اذا وردا في السبب
فلا يصح الحمل لعدم التزاحم فيه وقد وردا هنا في السبب كما ذكرنا ولان
المطلق ان كان يجب حمله على المقيد اذا وردا في حكم في حادثة وتعذر
الجمع بينهما فالمرسل عن الشرط لا يصح ان يحمل على المعلق عليه لما عرف انه
جاز ان يكون الحكم الواحد معلقا اي معدوما وما يوجد عند وجود الشرط ومرسلا
اي معدوما يصح ان يوجد عند عدمه اذ لا منافاة بين الارسال
والتعليق قبل الوجود الا يرى ان جواز نكاح الامة معلق بعدم الاستطاعة
على طول الحرة في قوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الاية وانه مرسل عن الشرط
في قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله عليه السلام والسلعة قايمة حال
والحال في معنى الشرط كانه قال ان كانت السلعة قايمة فلا يصح حمل
المرسل عن هذا من الرواية على المعلق منه نعم ذكر الامام فخر الاسلام
في بحث الشرط ان صيغة الشرط او دلالته لا تنفك عن معناه قط
وفسر المعنى بالعدم عند العدم وتوقف الوجود على الشرط حتى لم يجوز اجراء
الشرط في قوله تعالى وكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا على وفاق العادة بحمل الامر
على الاباحة ونص بان ذلك قول بالغاء الشرط وكلام الله تعالى منزه
عن ذلك واوجب ان يحمل وكاتبوهم على الاستحباب المشروط بشرط العلم
بالخير وقوله والسلعة قايمة في قوة قوله ان كانت السلعة قايمة فيدل
على كون قيام السلعة شرطا لجريان التحالف والشيء متى كان مشروطا بالشيء
استحال ان يوجد بغيره فيحمل المرسل عن هذا الشرط على المعلق به لئلا يلزم
ان يكون الشيء مشروطا بشيء وغير مشروط به واما في النكتة الثانية
فنقول ان كان المراد بالتراد حقيقته وهي ان يرد البايع الثمن والمشتري المبيع
كان النص واردا فيما بعد التقابض اذ التراد على هذا الوجه لا يتصور الا بعده
وح يكون المنصوص هو التحالف بعد التقابض فاما قبله فلا يكون التحالف

منصوصا عليه بهذا النص سواء كانت السلعة قايمة او مستهلكة باستهلاك
غير المتعاقدين بل يكون التحالف في هاتين الصورتين بقوله عليه السلام اليمين
على من انكر وحينئذ لا معنى لقياس القيمة اذا استهلك المبيع غيرهما على العين
لاستوائهما في الدخول في الحديث المشهور وعدم الدخول في حديث التحالف
وان كان المراد بالتراد التفاسخ كانت صورة هلاك المبيع باستهلاك
غيرهما منصوصا عليها ايضا بنص التحالف لامكان التفاسخ فيها لبقاء العقد
لقيام القيمة مقام المبيع ولا معنى لقياس المنصوص على غيره وايضا النبي
صلى الله عليه وسلم رتب التراد على مطلق اختلاف المتعاقدين سواء
اختلفا قبل القبض او بعده فلا بد وان يراد بالتراد التفاسخ لانه الممكن
قبل التقابض وبقيد الاختلاف بما بعد التقابض بحذف القيد اي
اذا اختلف المتعاقدان بعد القبض ولكن المجاز اهون من الحذف والله
اعلم قوله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال الشارح وقد ذكرنا
قبل هذا في هذا الباب ان كون النص بعد القبض حال قيام السلعة
غير معلول اختيار القاضي ابي حازم واما عند غيره فمعلول ما دامت
السلعة قايمة سواء كان قبل القبض او بعده واختصاص محمد رح
بانه يرى النص معلولا انما يظهر فيما اذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة
وقد ذكرنا انتهى لفظه قلت قد ذكر الشارح في هذا الباب ما يدل
على ان النص ليس بمعلول عند غير القاضي ابي حازم مطلقا اي قبل القبض
وبعده على خلاف المذكور ههنا حيث قال عند قوله وهذا التحالف قبل
القبض على وفاق القياس ان هذا الذي ذكره اختيار القاضي ابي حازم
فاما في اصل رواية المبسوط فلم يشترط في ان التحالف مخالف للقياس
هذا الشرط فقال واذا اختلف البايع والمشتري في الثمن والسلعة
قايمة في يد البايع او المشتري فانهما يتحالفان ويترادان استحسانا
وفي القياس القول قول المشتري لانهما اتفقا على اصل البيع وادعى البايع
الزيادة في الثمن والمشتري ينكر فالقول قول المنكر مع اليمين لقوله عليه السلام
واليمين على من انكر لكنا تركناه بالسنة وكان ابو حازم يقول ان كانت
السلعة في يد البايع فالتحالف بطريق القياس وان كانت في يد المشتري
فالتحالف بخلاف القياس هذا لفظه والله اعلم قوله فالقول قول المسلم
يعني لا تحالف فيه اما قياسا فلعدم الانكار ههنا من الجانبين والتحالف
على وفق القياس لا يمكن الا فيما اذا جرى الانكار والدعوى من الجانبين
وذا فايت هنا واما بخلاف القياس فلان فسخ العقد من لوازم التحالف

الذى هو على خلاف القياس وفسخ اقالة السلم غير صحيح مع ان الاقالة ليس
فى حكم البيع مطلقا حتى يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيها سيما
اقالة السلم فانه فسخ فى حق المتعاقدين وغيرهما **قوله** لانه اسقاط فلا يعود
السلم وذكر صدر الشهيد القول قول المسلم اليه ولا يتحالفان ولا يعود
لان الاقالة فى باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك
المسلم فيه بالاقالة بل يسقط المسلم فيه اصلا فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا
كذا فى الشرح **قلت** قد ذكر المصنف رح فى كتاب السلم ما يدل على ان الاقالة
فى السلم كالاقالة فى ساير البيوع حيث قال وان تقايلا السلم لم يكن له
ان يشترى من المسلم اليه براس المال شيئا حتى يقبضه لانه اخذ شيئا
بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد
فى حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال
مبيعا لانه دين مثله الى هنا لفظه فقد جعل راس المال مبيعا لتصحيح
الاقالة فيكون الاقالة واقعة على راس المال وهو يثبت بالاقالة
كما يثبت بها المبيع فى البيع فعلى هذا يكون الاقالة فى السلم اثباتا لا اسقاطا
فلا بد من التوفيق وجوابه قد مر **قوله** وان لم يكن لهما بينة تحالفا
عند ابى حنيفة رح لان كل واحد منهما مدع ومنكر اما الزوج فلانه يدعى
الحط عن مهر مثلها اذ الكلام فيما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسمائة واما
المراة فلانها تدعى الزيادة على مهر مثلها وهو ينكر كذا فى الشاهان **قلت**
بل الكلام فى الوجوه كلها لان المذكور فى الكتاب قول الكرخى رح وهو
يقول بالتحالف فى جميع الوجوه كما يفصح عنه قوله بعد فيقدم فى الوجوه
كلها فالاولى فى وجه التحالف ان يقول ان الزوج يدعى وجوب تسليم
النفس عليها بمقدار ما يدعيه من المهر وهى تنكر اذ المسئلة مفروضة
فيما قبل التسليم يدل عليه **قوله** ولا يفسخ النكاح فان **قلت** النص
بشرعية التحالف انما ورد فى البيع والنكاح ليس فى معناه فكيف يعدى
حكمه من البيع الى النكاح او نقول التحالف انما شرع فيما يحتمل الفسخ
لان الفسخ من احكام التحالف ولا فسخ فى النكاح فيجب ان لا يشرع فيه
التحالف لعدم حكمه والجواب عن الاول ان المعنى الموجب للتحالف هناك
وهو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر موجود ههنا فيثبت التحالف
فى النكاح ايضا بدلالة النص واما الثانى فجوابه مذكور فى الكتاب وهو
ان التحالف انما اوجب الفسخ فى البيع لانه لما تعذر اثبات دعوى كل منهما
خلا العقد عن البدل والبدل اذا خلا فى البيع يفسد فيفسخ والنكاح اذا

قوله فالقول قول المسلم اليه ولا يتحالفان لانه لو ثبت
التحالف فيه لثبت بدلالة نص البيع وذا غير ممكن لان حكم
التحالف فى البيع التفاسخ وذا لا يتصور فى اقالة السلم لانها لكونها
اسقاطا لا يحتمل الفسخ وعود السلم والقياس لا يقتضى التحالف فيه
كما يقتضى فى النكاح حتى يجرى التحالف ولا يطلب فيه تصور الفسخ
اذ لا دعوى ههنا الا من جانب احد بخلاف النكاح لظهور الدعوى
من الجانبين اذ المراة تدعى الزيادة عليه والزوج وجوب تسليم
عليها بقدر ما تدعيه من المهر ه

لايفسد

لا يفسد فلا ينفسخ كذا فى الشرح **قلت** فى الجواب عن الثانى ان التحالف فى النكاح
لم يشرع بنص التحالف الوارد فى البيع حتى يطلب فيه حكم التحالف الثابت فى البيع
وهو الفسخ بل التحالف فيه بالحديث المشهور اعنى قوله عليه السلام البينة
على المدعى واليمين على من انكر وكل من الزوجين مدع ومنكر على ما مر فيتوجه
اليمين لكل منهما على صاحبه وبه يخرج الجواب عن الاول لانا لا نقول بالتحالف
فيه بنص التحالف فى البيع حتى يطلب مماثلة النكاح البيع وجواب الشارح
عن الثانى   لان السؤال الذى ذكر من ان حكم التحالف لا يتصور
فى النكاح فكيف يجرى فيه لا يندفع بما ذكر من بيان وجه الفرق بين البيع
والنكاح من حيث ان البيع ينفسخ بالتحالف والنكاح لا ينفسخ لان البيع
يفسد ببطلان البدل دون النكاح وذلك ظاهر فكانه قصد الى انا لا نسلم
ان الفسخ حكم التحالف مطلقا بل هو حكم التحالف الذى يجرى فيما يفسد
بالتحالف والنكاح لا يفسد به فهو جواب بالمنع **قوله** لان مهر المثل
لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف وههنا
بحث اما اولا فلان صحة التسمية انما يمنع تحكيم مهر المثل لايجابه ونحن لا نحكمه
للايجاب بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ليكون القول قوله مع اليمين وبهذا
رجح الشارح تخريج الرازى رح واما ثانيا فلان سقوط اعتبار التسمية
يوجب المصير الى مهر المثل لا تحكيمه وذلك ظاهر والجواب اما عن الاول
فلان تحكيم مهر المثل لمعرفة من يشهد له الظاهر يستلزم اعتباره للايجاب
ايضا الا يرى الى ما ذكروا فى تخريج الرازى ان مهر المثل اذا كان مثل ما
ادعته المراة او اكثر وحلفت يجب الف بجهة التسمية لاتفاقهما عليه
والف بجهة مهر المثل حتى يخير الزوج فى الالف الذى وجب باعتبار
مهر المثل ان شاء جعلها دراهم وان شاء جعلها دنانير فلو قدمنا التحكيم
لادى الى اعتبار مهر المثل لايجابه مع وجود التسمية وذلك غير صحيح فيقدم
التحالف فى الوجوه كلها فظهر ان تخريج الكرخى اصح كما هو اختيار شمس الائمة
واما عن الثانى فلان التحالف انما يوجب سقوط اعتبار التسمية فيما
لم يتفقا عليه لا فيما اتفقا عليه فيجب اعتبار مهر المثل فيما لم يتفقا واعتبار
التسمية فيما اتفقا فلو حكم بمهر المثل فقط لزم اعتباره فيما اتفقا عليه
وفيما اختلفا فيه وهو باطل والدليل على هذا ان المهر اذا كان مثل
ما ادعاه الزوج او اقل يجب عليه الالف كله بجهة التسمية حتى لا يخير الزوج
فى جعله دراهم او دنانير فلو كان اعتبار التسمية ساقطا فيما اتفقا عليه ايضا
لوجب عليه الالف بجهة مهر المثل فيخير فيه وليس كذلك **قوله** فى الكتاب وبدأ

بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري
والمرأة تدعي الزيادة وهو ينكرها فيتحالفان لان كلا ينكر دعوى صاحبه
ولو فرضت المسئلة على الحلاف اي قبل تسليم النفس وبعدها فكذلك
اذ المرأة لها ان تمنع نفسها عن الزوج حتى يستوفي المهر المعجل وان كان الزوج
قد دخل بها عند ابي حنيفة رح نعم لا يتاتى الدعوى من قبل الزوج فيما اذا
كان المهر مؤجلا او لم تكن المرأة مانعة عن تسليم النفس لاستيفاء المهر
ومع ذلك اختلفا في قدر المسمى فان الزوج لا يدعي على المرأة وجوب التسليم
بقدر ما تقربه من المهر حتى تكون المرأة منكرة قوله وتخريج الرازي بخلافه
وقد يحتاج الى الفرق بين النكاح والبيع من حيث ان المتناكحين
اذا اختلفا في قدر المهر يحكم مهر المثل ويجعل القول لمن شاهده لموافقة
الظاهر اياه واما المتبايعان اذا اختلفا في قدر الثمن لا يحكم قيمة المبيع
بل يتحالفان ويفسخ العقد وجوابه ان القياس في البيع ايضا هو
تحكيم القيمة غير انا لم نحكم فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا وفيه نظر اذ التحالف في البيع كان على خلاف القياس
قبل القبض وبعده اذ القياس هو ان يجعل القول لمن تشهد له قيمة المبيع
فيجب ان لا يقاس عليه الاجارة قبل استيفاء المنفعة ولا يجب التحالف فيها
بالقياس على البيع بل يجب ان يكون القول فيها لمن وافقه اجر المثل قوله
معناه اختلفا في البدل او في المبدل وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل
فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل القول قول من ينكر الزيادة كذا في الشرح
وينبغي ان يعلم انه اراد بالاجل الاجل في الاجرة لا الاجل الذي هو شرط
لصحة الاجارة كاجارة الدار الى شهر او شهرين فانه لو وقع الاختلاف
فيه يتحالفان كما صرح به في المتن بعد هذا باسطر لان ذلك في الحقيقة
اختلاف في قدر المبدل وهو المنفعة لانها تعرف بالاجل وتقدر به اما
تاجيل الاجرة فهو كالتاجيل في ثمن المبيع فلا يجري التحالف بالاختلاف
فيه قوله فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه
منكر لوجوب الاجرة واعترض بان الانكار المجرد يوجد في جانب الموجر
ايضا لانه منكر لوجوب التسليم او لولاية الاستيفاء بقدر ما يدعيه المستاجر
وبانه ينبغي ان يبدأ بيمين الموجر تعجيلا لفائدة النكول فان وجوب
المعقود عليه على الآجر اولا ووجوب الاجرة بعده واجيب في الكافي
بان المستاجر قاصد في الانكار فيبدئ بيمينه وفيه نظر لان من شرط
التحالف استواء المتخاصمين في الدعوى والانكار حتى لو كان احدهما منكرا

قصدا

قصدا والاخر ضمنا لا يتحالفان كالمودع يدعي رد الوديعة وينكر وجوب الضمان
والمودع يقصد بدعواه وجوب الضمان وينكر الرد ومع ذلك لم يتحالفا
بل القول هناك قول المودع مع اليمين لان الانكار من المودع غير مقصود
بل مقصوده دعوى وجوب الضمان على انه قد ذكر الشارح قبل هذا ان
الدعوى اينما كان لا يخلو عن انكار الطرفين ولكن الاعتبار للمقصود منهما
وقد ذكرنا في اول الباب فلو كان مجرد الانكار كافيا لجريان التحالف لتحالفا
في الدعاوى كلها فعلى هذا لو كان انكار الموجر ضمنيا لما جرى التحالف بينهما
وان اجيب بان كلا من الموجر والمستاجر وان كان قاصدا في انكار ما
يدعيه صاحبه لكن لا يخفى ان قصد المستاجر في الانكار عند الاختلاف
في الاجرة اقوى من قصده دعوى وجوب التسليم او ولاية الاستيفاء
بقدر ما يدعيه من الاجرة فنقول ان هذا النوع من الاعتبار يتاتى
عند اختلاف المتبايعين في قدر المبيع مع انه لا يبتدأ بيمين البايع وان كان
اهم الامرين له هو الانكار الا ان يجاب بانه يبدأ بيمين المشتري في هذه
الصورة وان كان قصد البايع اقوى تعجيلا لفائدة النكول وليس في الاجارة
تعجيل فائدته لما سنذكره في الجواب عن الثاني واجيب عن الثاني في الكافي
بان الاجرة ان شرط تعجيلها فهو الاسبق انكارا فيحلف فان لم يشترط
لا يمنع البايع عن تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة
فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف ولان الاجارة اعتبرت بالبيع
ومن شرط القياس ان لا يتغير حكم النص في الفرع بل يتعدى حكم الاصل
بعينه وذلك فيما قلنا تم لفظه وفيه نظر للقطع بان الموجر ايضا منكر
لوجوب التسليم او لولاية الاستيفاء بما يدعيه المستاجر والا لم يجر التحالف
بينهما فهما في الانكار سواء فقوله فبقي انكار المستاجر المشعر بان الموجر
ليس بمنكر ممنوع وايضا ان للمقيس عليه ههنا حكمين التحالف والبداية
وكل من هذين الحكمين معلول وغير خاف انه لا يلزم من تعدية احد الحكمين
الى فرع لوجود علته فيه تعدية الحكم الاخر اليه مع انعدام علته فيه الا يرى
ان التحالف يجري في النكاح بالقياس على البيع وهناك قد تعدى احد
الحكمين وهو التحالف لوجود علته وهو انكار الطرفين ولم يتعد الحكم الاخر
وهو الفسخ لانعدام علته وهي الفسخ فكذا في الاجارة ينبغي ان يتعدى التحالف
لوجود علته فيه ولا يتعدى البداية بيمين المستاجر لانعدام علته فيها على انا
لا نسلم ان التحالف في الاجارة ثبت بالقياس على البيع بل بقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر لانه يقتضي وجوب اليمين على كل منكر

وقد وجد ناكلا من الموجر والمستاجر منكرا لدعوى صاحبه فاوجبنا اليمين
على كل واحد منهما بعموم النص والقياس انما يصح ان لو يكن الفرع منصوصا عليه
على ان البداية بيمين المستاجر لو كانت باعتبار ان الاجارة الحقت بالبيع
وجب ان يبدأ بيمين المستاجر عند الاختلاف في المنفعة ايضا فالاولى
ان يقال في الجواب ان المستاجر اشد انكارا لانه منكر لوجوب زيادة
الاجر الذى يدعيه الموجر راسا والموجر لا ينكر وجوب التسليم او ولاية
استيفاء المنفعة اصلا بل ينكره بقدر ما يدعيه المستاجر وانكار الاصل
اشد من انكار الوصف مع الاقرار بالاصل وكذا الموجر اشد انكارا
اذا وقع الاختلاف في المنفعة لانه ينكر زيادة المنفعة اصلا والمستاجر
لا ينكر وجوب تسليم الاجرة ولكن ينكر وجوب تسليمها بمقابلة ما يدعيه
الموجر من المنفعة وكان البداية بيمين المستاجر عند الاختلاف في الاجرة
وبيمين الموجر عند الانكار في المنفعة اولى وانما يبدئ بيمين المشترى
اذا اختلفا في قدر المبيع لما ذكرنا **قوله** ولابى حنيفة رح ان البدل
مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجبت بدل الكتابة
على العبد فينبغى ان يثبت للعبد شىء ايضا وليس ذلك الا فك الحجر واذا
ادى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر الى كونه مقابلا
بالحرية لانها هى المقصودة كما جعل وجوب الاجرة فى ابتداء عقد الاجارة
مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها
فكذلك هنا فاذا كان كذلك بقى الاختلاف فى قدر البدل لا فى قدر
المبدل لما انه سلم له فلا يدعيه المكاتب فلا يحلف المولى فلا يتحقق التحالف
كذا فى الشاهان **وفيه نظر** لان الاجارة اذا كانت نظير الكتابة ينبغى
ان لا يتحالفا فيما اذا اختلفا فى البدل قبل استيفاء المنفعة بعد ما سلم
العين الى المستاجر والمسئلة بخلافه فقد سبق انهما اذا اختلفا فى البدل
او فى المبدل قبل استيفاء المعقود عليه اعنى المنفعة تحالفا وترادا فلو
كانت الاجرة بمقابلة رقبة الدار فى الابتداء كما ان البدل فى الكتابة
بمقابلة فك الحجر ينبغى ان لا يتحالفا بعد تسليم العين المستاجرة قبل التمكن
من استيفاء المنفعة وليس كذلك وجوابه ان البدل فى الاجارة انما
يجعل مقابلا بالعين فى الابتداء تصحيحا للعقد والا فالعين ليس بمقصود
فى الاجارة بوجه فلا يظهر هذه المقابلة فيما وراء التصحيح اما فك الحجر
فى الكتابة فهو مقصود ايضا وان كان دون الرقبة فجاز ان يكون مقصودا
بالمقابلة والله اعلم **قوله** وهو سالم للعبد اشار الى ما مر من انه لا يدعى

بدعوى السبب عند حصول المقصود له وقد سلم للعبد هنا حكم السبب وهو
فك الحجر فى حق اليد فلم يعتبر بدعواه كانه لا يدعى على المولى شيئا **فان قلت** ان
العبد اذا برهن على ما ادعى تقبل بينته فلو لم يعتبر بدعواه لم تقبل اذ البينة
انما تقبل على الدعوى **اجيب** بان العبد مدع صورة وان لم يكن مدعيا معنى
وفى البينات يعتبر الصورة وفى اليمين تعتبر المعنى والدعوى من العبد متحققة
صورة فتقبل البينة عليها وليست بمتحققة معنى فلا يحلف المولى عليها نعم
لقائل ان يقول العبد ان كان لا يدعى على المولى العوض الحالى لسلامته له
ولكنه يدعى العوض المالى الذى ينقلب اليه العوض فانه ليس بحاصل له فيجب
ان يعتبر بدعواه العتق على المولى بقدر ما يدعيه ولان البدل فى الاجارة ايضا
يجب بمقابلة العين المستاجرة اولا ثم يتحول الى المنفعة بحسب وجودها مع ان
المتعاقدين اذا اختلفا فى المنفعة او فى الاجرة يتحالفان بعد تسليم العين
قبل استيفاء المنفعة فيجب ان لا يتحالفا فيها كما لا يتحالفان فى الكتابة
او يتحالفان فى الكتابة كما يتحالفان فى الاجارة اما الفرق مع ان ما يقابله
البدل اولا حاصل للمستاجر والعبد وما يتحول اليه فى الاجرة من ملك
المنفعة والعتق غير حاصل لهما فيحتاج الى مزيد تامل **قوله** فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة
كالوقاية بشهادة الظاهر لها **فان قلت** فما وجه الفرق بين ما يختص بكل
من الزوجين وبين آلات الاساكفة وآلات العطارين لو تنازع الاسكاف
والعطار فى تلك الآلات وهى فى ايديهما يكون بينهما نصفين ولم يقل ما يصلح
للاسكاف فهو له وما يصلح للعطار فهو له عملا بالظاهر كما قيل فى متاع الزوجين
ما يصلح له فهو له وما يصلح لها فهو لها **قلنا** انما جعلنا ما يصلح للرجال للزوج
وما يصلح للنساء للمرأة للترجيح بالاستعمال لا بالنسبة يعنى يجعل الرجل فى حق
المتاع المختص به كالعمامة هو المستعمل له وفى حق الملحفة المرأة هى المستعملة لا غير
واما فى الاساكفة والعطارين فلم نشاهد استعمالهما وشاهدنا هذه الآلات
فى ايديهما على السواء فلذلك جعلناها بينهما نصفين كذا فى الشرح ولا يخفى
عليك فان استعمال كل من الزوجين ما يختص به ايضا ليس بمشاهد بل يجعل كالمستعمل
له باعتبار الاختصاص ومثل هذا الاستعمال الاعتبارى يمكن اثباته للعطار
والاسكاف فيما يختص بكل منهما **قوله** وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة
ما يجهز به مثلها وهذا فى المشكل اما فيما يختص به كل واحد منهما فقوله فيه
كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا فى المبسوط وشروح الجامع الصغير
وفى لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابى يوسف رح هنا فيما ذكر قولهما

فی حق المشکل وکان من حقه ان یقول ما یصلح لهما کالآنیة فهو للرجل وقال
ابو یوسف یدفع الی المرأة ما یجهز مثلها کذا فی الشرح **قوله** لان لهما
یدا معتبرة فی الخصومات حتی لو اختصم الحر والمکاتب فی شیء وهو فی ایدیهما
یقضی بینهما لاستوائهما بخلاف ما لو کان محجورا فانه یقضی به للحر لانه لا ید له کذا
فی الکافی وسیاتیک فیه فی کتاب المضاربة ما یدل علی ان للمحجور ایضا یدا معتبرة
حیث قال لان للعبد یدا معتبرة خصوصا اذا کان ماذونا الا یری انه لیس
للمولی ان یسترد ما اودعه العبد من ید المودع وان کان محجورا علیه هنا کلامه

فصل فیمن لا یکون خصما قوله واذا قال المدعا علیه ای
فی جواب من ادعی علیه ملکا مطلقا قیدنا بالملک احترازا عن دعوی الفعل
فانه لا یندفع باحالة الید علی غیره وبالمطلق احترازا عن دعوی الملک بسبب
نحو ان یدعی عینا فی ید رجل انه اشتراه من فلان الغایب وهو یملکه وذو الید
ادعی ان فلانا اخر غیره اودعه ایاه واقام البینة لا یندفع عنه الخصومة
نص علیه فی الذخیرة وذلک انه لما ادعی علیه الملک بسبب الشری من فلان
صار ذو الید خصما من جهة فلان الغایب الذی یدعی شراء العین منه
باقامة الشرع ایاه عن الغایب لان ما یدعیه علی الغایب سبب لما یدعیه
علی الحاضر وفی مثله یجعل الحاضر خصما عن الغایب کانه وکیل من قبله بجواب
الخصم علی ما مر تحقیقه فی کتاب القضاء ولما صار خصما عن الغایب باقامة
الشرع دفعا للضرر عن المدعی وصار کالوکیل منه بوکالته لم یندفع عنه
الدعوی باحالة الید الی غیره لانه لم یصر خصما بمجرد یده حتی یندفع الخصومة عنه
باحالة الید الی غیره بل صار خصما باقامة الشرع عن الغایب ولو کان وکیل
الغایب حقیقة لم یندفع عنه الخصومة باحالة الید الی غیره فکذا هنا
وبالجملة ان ذا الید انما یخرج عن کونه خصما باحالة الید الی الغیر اذا صار خصما
بالید اما اذا کان خصما بغیر الید لا یندفع عنه الخصومة باحالة الید الی غیره
وعن هذا قلنا اذا ادعی علی ذی الید ملکا مطلقا فقال ذو الید ان
هذا العین کانت من ترکة ابیه ثم اقتسمنا ووقعت هذه العین التی تدعی
فی نصیب فلان الوارث فاودعنیه لم یندفع عنه الخصومة لانه لما اقر بانه
وارث من کانت العین له فقد اقر بانه خصم عن مورثه بالنیابة الجبریة
الثابتة شرعا فلا یندفع الخصومة باحالة الید الی غیره لانه لم یصر خصما بالید
بل لکونه وارثا لمن کانت العین فی یده حتی لو لم یکن هذا العین فی یده کان
خصما من جهة مورثه وباقی الورثة فلا یندفع عنه الخصومة باحالة الید الی غیره
والله اعلم هذا ولکن قد یطالب بالفرق بین ما اذا اقام البینة علی الودیعة

من الغایب

من الغایب الذی یدعی الخارج الشراء من غیره وبین ما اذا اقر ذو الید بانها
ودیعة فی یده من قبل الغایب الذی یتلقی الخارج الشراء منه حیث لا یجعل
الحاضر فی هذه المسئلة خصما عن الغایب بل یندفع عنه الخصومة بتصادقهما
علی ان العین وصلت الیه من قبل المالک وان یده لیست ید خصومة والفرق
ان الحاضر انما ینتصب خصما عن الغایب اذا کان الحاضر منکرا لما یدعی علی الغایب
اذ لا خصومة بلا انکار وانه منکر فی المسئلة الاولی لانه لما اقر انه لفلان
وادعی الودیعة عنه فقد انکر ان یکون الغایب الذی ادعی الخارج الملک
بسبب الشراء منه بایعا العین ایاه فی ملکه والمدعی لا یتمکن من اثبات ملکه
بسبب الشراء من الغایب علی ذی الید الا بعد اثباته علی الغایب فانتصب
الحاضر خصما عن الغایب ولا یندفع عنه الخصومة باحالة الید الی الغیر
لما مر واما فی الثانیة فالحاضر فیه لا ینکر ما یدعیه الخارج علی الغایب
لانه لا ینکر ملکه حتی یلزم منه انکار بیعه من الخارج فی ملکه واذا لم یکن
منکرا لا یکون خصما بالضرورة وبعبارة اخری ان الحاضر انما یجعل
خصما عن الغایب اذا کان ما یدعی علی الغایب سببا لما یدعیه علیه وفی الثانیة
لا یدعی الخارج علی ذی الید الا تسلیم ما اشتری من الغایب لا الملک بالشراء
منه لانه لا ینکر ملکه انما ینکر وجوب التسلیم وما یدعیه علی الغایب من الشراء
منه لا یوجب وجوب التسلیم علی مودعه فلا یکون ما یدعیه علیه سببا
لما یدعیه علی الحاضر فلا ینتصب خصما الا اذا ادعی ان الغایب وکله بقبضه
فحینئذ یکون خصما فی وجوب التسلیم الیه فیصح دعواه ویقبل بینته
واما فی المسئلة الاولی فان هناک ما یدعی علی الغایب سبب لما یدعیه
علی الحاضر لانه یدعی علی الحاضر الملک بسبب الشراء منه من الغایب وانه
ینکره فکان ما یدعی علی الغایب سببا لثبوت ملکه علی الحاضر بسبب الشراء منه
فینتصب خصما عنه ولا یخرج عن کونه خصما باحالة الید الی غیره فافترقا
نعم یشکل الفرق بین المسئلة الاولی وبین ما اذا ادعی عینا بسبب الوصیة
من فلان وقال ذو الید هو ودیعة من رجل اخر غیر الموصی او قال غصبته
منه وبرهن علیه اندفعت الخصومة وعلی قیاس المسئلة الاولی ینبغی ان لا یندفع
الخصومة الا ان یمنع المسئلة فقد ذکر الفقیه ابو بکر البلخی انه لا یندفع
الخصومة فی مسئلة الوصیة کما لا یندفع فی مسئلة الشراء ومن قال یندفع
الخصومة فی مسئلة الوصیة فالظاهر انه یقول باندفاع الخصومة فی مسئلة
الشراء ایضا فالظاهر ان فی کل من المسئلتین روایتین عن علمائنا والله اعلم
قوله هذا الشیء اودعنیه فلان او رهنه عندی او غصبته منه **قلت**

سوى هنا بين يد المودع والغاصب والمرتهن وفرق بين المودع وبين
الغاصب والمرتهن فيما اذا وهب الاب لابنه الصغير متاعا هو في يد غيره
فقال ان كان في يد مودعه يتم الهبة بمجرد العقد لان يد المودع كيده
ولو كان في يد غاصبه او مرتهنه لا يتم ما لم يقبضه لان يد الغاصب او المرتهن
يد نفسه لا يد المالك وسيأتيك في كتاب الهبة ان شاء الله تعالى **قوله**
فلا خصومة بينه وبين المدعي قالوا ذكر محمد رح ما يدل على ان المودع خصم
للمدعي وصورته مات وترك بنين ودارا فغاب ابنان فادعى رجل
الدار فقال الحاضر الدار لابينا مات وتركها ميراثا لي ولاخوتي فلان
وفلان فقسمنا اثلاثا وقبض كل نصيبه ثم انهما غابا واودعاني نصيبهما
فقال المدعي الدار كانت في يد ابيكم الى ان مات فقسمتم بينكم ثم ان اخويك
اودعاك نصيبهما ولكن الدار لي وبرهن قضي به له وان ثبت بتصادقهما
ان ثلثي الدار وديعة في يد الحاضر وليس الامر كما قالوا لان كون المودع
ليس بخصم من حيث انه مودع لا ينفي كونه خصما بوجه آخر والحاضر خصم
في كل الدار لان الدعوى في الحقيقة على الميت والبينة قامت عليه واحد
الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة **قوله** لانه اثبت بالبينة
ان يده ليست بيد خصومة **فان قلت** اذا اقام المدعى عليه بينة ان هذا
الثوب وديعة عنده من جهة فلان الغائب واقام المدعي بينة انه
ثوبي سرقه مني فلان الغائب لا يندفع الخصومة ويقضي بالعين للمدعي
مع ان المدعى عليه اثبت ببينة ان يده ليست بيد خصومة **اجيب** بان
القياس ان يندفع الخصومة كما لو قال هذا ثوبي غصبه فلان وبرهن
ذو اليد انه وديعة من جهة فلان الغائب الا انا استحسنا لانا
لو دفعنا الخصومة يصير سببا لوجوب الحد على الغائب لان المدعي يتبعه
ويثبت السرقة عليه ويقضي عليه بالقطع لانه ظهر سرقته قبل ان وصل العين
الى المالك واما اذا قضينا بالعين للمدعي لا يجب القطع على الغائب بعد ذلك
وان ظهرت سرقته لانه انما يظهر بعد وصول العين الى المالك ويحتال
لدرء الحد ما امكن فلم يندفع الخصومة عن ذي اليد احتيالا لدرء الحد بخلاف
الغصب لانه لو ظهر الغصب على الغائب لا يلزمه حد كذا في الذخيرة **فان
قلت** فما تقول اذا كانت العين المدعاة مما لا يقطع سارقه بان كانت قيمتها
اقل من عشرة دراهم **قلت** جاز ان يقضي عليه بالقطع على قول من لا يشترط
للقطع ان يبلغ قيمة العين عشرة دراهم نعم يشكل بان احالة اليد الى غيره
لما كانت دافعة للخصومة وجب دفعها ولا يجوز لدرء الحد ان يجعل غير الخصم خصما

كما لا يجوز ان يجعل الخصم غير خصم لا يقال ان اقامة البينة على ان اليد لغيره
ان كانت تدفع الخصومة عندنا ففيه شبهة عدم اندفاع الخصومة من حيث
ان للاجتهاد فيه مساغا فقد قال البعض ان الخصومة لا تندفع عن ذي اليد
باحالة اليد الى غيره والشبهة الدارئة للحد في حكم الحقيقة لانا نقول
الشبهة وان كانت دارئة للحد فهي لا تكفي للحكم عليه وهذه الشبهة لا توجب
درء الحد الا بعد ان يحكم على صاحب اليد فيصل العين الى المالك قبل ظهور
السرقة وصاحب اليد اذا لم يكن خصما عندنا لا يصح الحكم عليه بشبهة كونه
خصما لدليل الخصم **قوله** لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة
على انه مودع فلان اما اذا اقام البينة على اقرار المدعي انه مودع فلان يقبل
بينته ويندفع عنه الخصومة والفرق انه اذا برهن على انه مودع فلان
فقد احال الخصومة على غيره اما اذا برهن على اقرار المدعي بذلك فقد برهن
على ان المدعي ابراه عن الخصومة معنى ومن انتصب خصما بدعوى الفعل لا يقبل
بينته على احالة الخصومة على غيره ويقبل على ابراء المدعي اياه عن الخصومة
قوله وهو استحسان ووجهه انه لما لم يسم السارق احتمل ان السارق
ذو اليد الا انه اراد الستر ويحتمل انه غيره الا انا اذا جعلنا ذا اليد سارقا
يقضى بالعين للمدعي ويسلم اليه ثم اذا ظهر السارق بيقين لا يقطع لانه
ظهر السرقة بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم نجعله سارقا لا يقضى
للمدعي فمتى ظهر السارق بيقين يقطع لظهور السرقة قبل وصول العين الى المالك
فكان في جعله سارقا احتيال لدرء الحد منه فكان اولى بخلاف غصب منى
اذ لم يتعلق به عقوبة ولان في تعيين ذي اليد سارقا ايصال الحق الى مستحقه
لان من عادة السراق التواري خوفا من القطع فلو لم يتعين صاحب اليد سارقا
واندفع الخصومة عنه والمدعي لا يجد السارق فلا يصل الى حقه بخلاف
الغصب اذ ليس من عادة الغاصب التواري فيجيء المدعي ويخاصم معه فلا يؤدي
الى ابطال حق المدعي لو لم يجعل صاحب اليد غاصبا فافترقا هذا ولكن يشكل
بما ذكرنا من الذخيرة انه لو برهن على الوديعة من الغائب وبرهن المدعي انه ثوبه
سرقه منه فلان الغائب لا يندفع الخصومة فاذا كان اضافة فعل السرقة
الى غير المدعى عليه كاضافته الى نفسه في عدم اندفاع الدعوى لم يكن بنا
حاجة الى الاحتيال في اضافة الفعل اليه فالاولى في وجه الاستحسان
ما ذكر في المتن **قوله** والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا
للحد **قلت** وهذا مع كونه غير مطرد فيما لا يقطع السارق بسرقته مشكل
لامكان ستر الجريمة الموجبة للحد ودرئه مع اضافة الفعل الى ذي اليد

بان يقول اخذت منى فالعدول عنه الى تجهيل الفاعل دليل على ان الاخذ
غيره فيكون الدعوى فى الملك المطلق فيجب ان يندفع لو برهن على الوديعة
وايضا لو كان قوله سرق ببناء المجهول دعوى الفعل كقوله سرقت لزم
ان يجب الحد عليه كما لو قال سرقت فيعود العدول الى المجهول على موضوعه
بالنقض لان المقصود منه ستر الجريمة ودرء الحد وذا فى عدم تعيين الفاعل
عليه فاعلاً الا ان يقال بان تعيينه فاعلا ثبت بالظن فلا يكفى للحد
الذى يندرئ بالشبهة وان كان يكفى لتوجه الدعوى باب
ما يدعيه الرجلان قوله واذا ادعى اثنان عينا فى يد اخر كل واحد
منهما يزعم انها له واقاما البينة قضى بها بينهما قلت هذا اذا كان
المدعيان مسلمين او ذميين او احدهما مسلما والاخر ذميا واقاما بينة
من المسلمين اما لو كان احدهما ذميا والاخر مسلما والعين فى يد ذمى
واقاما البينة من اهل الذمة فانه يقضى للمسلم لان بينته حجة على ذى اليد
وعلى من ينازعه وهو الذمى الخارج وبينة الذمى ان كانت حجة على ذى اليد
لكونه ذميا فليس بحجة على المسلم الخارج وكما يصير ذو اليد مقضيا عليه
ببينة كل واحد منهما فكذلك كل واحد يصير مقضيا عليه فى النصف حتى
لا يسمع بينة احد المدعيين على النصف الذى قضى به لصاحبه كما لا يسمع
بينة ذى اليد فاذا لم يكن هذه البينة حجة على المسلم صار وجودها وعدمها
بمنزلة قوله ظهر الخطاء فى الاول بيقين اى بدليل راجح على الاول مسقط
للعمل به والا فالخطاء لا يظهر بيقين لاحتمال كذب الفرقة الثانية قوله
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد وان شاء ترك فان قيل
قد تيقن القاضى بكذب احد الفريقين لان وقوع البيعين على اخذ واحد
من رجلين من كل واحد بكماله لا يتصور فى وقت واحد فينبغى ان تبطل
البينتان قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا لصحته ولم يشهدوا بالوقوع
البيعين معا ويتصور بيعان من واحد لعين واحدة وكل منهما اعتمد
سببا اطلق له الشهادة فيجب العمل بهما بحسب الامكان ولان البيعين
يتصور وقوعهما فى وقت واحد من وكيلين بان وكل رجلين كل واحد على
بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل
كعقد الموكل فيثبت انه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان واحد من رجل
واحد كذا فى الكافى وفيه نظر اما اولا فلان فى هذا السؤال والجواب
اشارة ظاهرة الى ان تصور وقوع ما يستند اليه البينتان شرط وانه لو لم يتصور
لا يقضى بهما للتيقن بكذب احديهما ولكن ذكر الشيخ فى اخر هذا الباب

ما يدل على انه ليس بشرط بل احتمال الصدق فى كل واحد من البينتين يكفى
لوجوب العمل بهما حيث قال العبد فى يد رجلين اقام رجل بينة انه عبده ولد
فى ملكه من امته هذه وعبده هذا والاخر اقام بينة انه عبده ولد فى ملكه
من امته هذه وعبده هذا قضى بالعبد لهما اجماعا هذا لفظه ونتاج دابة
من دابتين محال مع ان القاضى يقضى بها بين المدعيين وكل سبب لا يتكرر
كاللبن والجبن اذا تنازع فيه اثنان وبرهنا قضى بينهما نصفين مع تيقن
القاضى بكذب احدهما لعدم تصور اجتماعهما واما ثانيا فلان قوله الشهود
شهدوا بنفس البيع لا بصحته لا يدفع السؤال المذكور لانه كما لا يتصور
اجتماع البيعين الصحيحين على عبد من رجلين من كل واحد بكماله فى وقت
واحد لا يتصور اجتماع الفاسدين او الفاسد والصحيح ايضا واما قوله
ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا قلنا ان لم يشهدوا بوقوعهما معا
فقد جعلتم البيعين كانهما وقعا معا كما صرح به الشيخ قبيل هذا بقوله
لان البينتين قامتا على امر حادث لم يعرف سبق احدهما فجعل كانهما وقعا
معا ولا يخفى ان جعلهما واقعين معا انما يصح اذا تصور وقوعهما معا
واما ثالثا فلان قوله فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين فى زمان واحد
من رجل واحد ان اراد ورودهما فى زمان واحد حكما لا يستحيل باعتبار
ان بيع الوكيل كبيع الموكل فصح الاسناد اليه تسامحا فذلك لا يجدى نفعا لان
القاضى يقضى بورود البيعين من ذى اليد حقيقة حتى يلزمه حقوقهما والحقوق
انما ترجع اليه اذا جعل بايعا حقيقة اذ لو جعل بايعا ببيع وكيله لم يرجع الحقوق
اليه الا ان يقال الحقوق انما ترجع الى الوكيل اذا امكن الزامها عليه
اما اذا تعذر الزامها عليه ترجع الى الموكل كما لو وكل صبيا محجورا او عبدا
محجورا وهنا وان جعل بايعا ببيع وكيله تصحيحا للبينتين وعملا بهما فلا يمكن
الزام الحقوق على الوكيل لعدم تعينه فيقتصر على الموكل ضرورة قوله لانه صار
مقضيا عليه فى النصف فان قلت كيف يجعل مقضيا عليه فى النصف الذى
قضى به لصاحبه ولم يكن له فى ذلك النصف ملك قبل القضاء به قلنا
ان لم يكن فيه ملك فله حق الملك لانه اقام البينة ان الكل له وانها توجب
حقيقة الملك عند اتصال القضاء بها فقبل اتصاله بها يوجب حق الملك
وحقه معتبر بحقيقته ولو ثبت الحقيقة لصار مقضيا عليه كذا هنا وهذا
معنى قوله لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه فهو متعلق بقوله
صار مقضيا عليه والدليل على ان البينة توجب حق الملك قبل اتصال
القضاء بها ما ذكر فى الذخيرة ادعى دارا فبرهن فقبل القضاء قاما من عند القاضى

فكتابنا ثم تقدما اليه وادعى ذو اليد انه باع الدار من فلان وسلمها اليه
او وهبها منه وسلمها اليه ثم اودعنيها او غاب لا يندفع الخصومة وان اقر
المدعي بذلك او علم القاضي به او برهن على اقرار المدعي بخلاف ما اذا اقام شاهدا
واحدا والمسئلة بحالها فانه يندفع الخصومة اذا اقر المدعي بما قال ذو اليد
او برهن على اقراره او علم القاضي به والفرق ان باقامة شاهدين ان لم يثبت
للمدعي حقيقة الملك في المدعى فقد يثبت حقه لوجود سبب الملك وحقه
يمنع صحة بيع المدعى عليه ورهنه لئلا يبطل حق المدعي والمدعي اقر بهبة غير صحيحة
فلا يصلح دفعا للخصومة واما عند اقامة شاهد واحد فلا يثبت له حق
الملك لانه لم يتم السبب فكان تصرف المدعى عليه في خالص ملكه فصح وانما
اقر المدعي بهبة صحيحة وعلم القاضي هبة صحيحة فيندفع الخصومة **قوله**
فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله
او بعده فلا يقضى بالشك وقد يقال هذا التعليل بعينه يتاتى فيما اذا
كانت الدار في يد ثالث ووقت احد الخارجين في الملك المطلق دون
الاخر مع انه لا يقضى لصاحب الوقت عند ابي حنيفة رح على ان المصنف
رحمه الله ذكر هناك في تعليل ابي حنيفة ما يخالف هذا التعليل حيث قال
ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتبار
التقدم اللهم الا ان يجعل التعليل المذكور بناء على قول ابي يوسف فانه
لا يقول بالفرق بين دعوى الشرى ودعوى الملك المطلق على ما يجي بيانه
واما تخريج ابي حنيفة رح في مسئلة الشراء فما سياتي من قوله بخلاف الشراء
لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيكون شراء غير الموقت باعتبار
اضافته الى اقرب الاوقات متاخرا عن شراء الموقت والاعتبار للسبق
وفي الذخيرة انما جعلنا المورخ اولى تقليلا لنقض ما هو ثابت فانا متى قضينا
للمورخ نقضنا شراء الاخر لا غير لانه لم يثبت ببينته الا الشرى ومتى
قضينا لغيره نقضنا على المورخ شراءه وتاريخه بعدما ثبتا بالبينة وتقليل
النقض اولى بخلاف ما اذا ادعى الخارج مع ذي اليد الشراء من واحد
وارخ احدهما فذو اليد اولى لان تقليل النقض هنا في جعل صاحب اليد
اولى لانا متى قضينا للمورخ نقضنا شراء ذي اليد مع يده الثابتة معاينة
ومتى قضينا لذي اليد نقضنا شراء الاخر وتاريخه الثابت بالبينة والثابت
معاينة فوق الثابت بالبينة فكان نقض الثابت معاينة اكثر **قوله**
وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى الظاهر ان ضمير قوله لم يذكرا
عايد الى الرجلين الذين ادعيا الشراء من ذي اليد لانهما المذكوران من قرب

في قوله

في قوله ولو ادعى اثنان الخ فيكون المعنى وان لم يذكر المدعيان الشراء من ذي اليد
والمشترى في يد احدهما ومن المحال ان يكون الدعوى مع ذي اليد ويكون
المدعى في يد احد المدعيين فلا بد وان يجعل الضمير للمدعيين الشراء
من غيره فيترتب عليه قوله ومع احدهما قبض اي وان لم يذكر المدعيان
اللذان ادعيا الشراء من غيره تاريخا ومع احدهما قبض اي لعين المدعى
شراؤه في يد احدهما **قوله** وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا
الى اخره **قلت** هنا بحث لما ذكر في الكافي في فصل الفضولي حيث قال
عقدان موقوفان اجيزا معا وتوافقا ثبتا كالبيعين وان تنافيا ثبت
اقواهما كالبيع والنكاح والا بطلا كالنكاحين اجتمع بيعان في عبد
من وكيلين او فضوليين واجيزا معا ينصف والبيع احق من النكاح
والاجارة والرهن حتى لو باع فضولي امة وزوجها فضولي اخر من اخر
او اجرها او رهنها فاجازهما المولى معا جاز البيع وبطل غيره لان البيع
اقوى لانه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره والعتق والكتابة والتدبير
احق من غيرها والهبة والاجارة احق من الرهن لان الهبة تفيد ملك الرقبة
والرهن لا والاجارة يفيد ملك المنفعة والرهن لا والهبة احق من الاجارة
والبيع احق من الهبة في الدار لان الهبة تبطل بالشيوع ويبقى البيع
بلا مزاحم واستويا في العبد لان الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة
ملك الرقبة وكل واحد قابل للتنصيف لان هبة المشاع فيما لا يقسم
صحيحة هذا كلامه فقد سوى بين الهبة والبيع فيما لا يحتمل القسمة
ورجحه هنا مطلقا ورجح الهبة على الرهن وهنا رجح الرهن عليها
فلا بد من بيان الفرق والجواب ان الاصل في التعارض ترجيح القوي
لكن التعارض هنا بين البينتين وثم بين التصرفين اللذين اجيزا معا
فيرجح هنا اقوى البينتين وثمة اقوى التصرفين وبينة الرهن لكونها اكثر
اثباتا حيث يثبت البدلين اقوى من بينة الهبة حيث لا تثبت الا واحدا
فكانت بينته اولى من بينتها وموجب الهبة اقوى من موجب الرهن
لانها تثبت ملك الرقبة دون الرهن واذا تعارضا اعتبرت الهبة لقوتها
وكذلك بينة الشراء اكثر اثباتا من بينة الهبة والقبض فكانت اولى
بخلاف الشراء مع الهبة في مسئلة الفضولي لان التعارض بين التصرفين
وموجبهما سواء لان كلا منهما يوجب ملك الرقبة فيستويان فيما
لا يحتمل القسمة ويرجح البيع فيما يحتملها فالهبة تبطل بالشيوع ويبقى البيع
بلا مزاحم وكذا لا سبق في مسئلة الفضوليين لحكم الهبة على حكم البيع

من حيث ان حكمه لا يتوقف على القبض وحكمها يتوقف عليه لان حكمها
انما يثبت بالاجازة واجازتاهما يثبتان معا وفي مسئلة الدعوى
يتعاقب حكمهما بالضرورة حيث يثبت عند ثبوتهما وعندنا الثبوت
بينهما تعاقب في اثبات الحكم **قوله** والهبة والقبض والصدقة والقبض
سواء وكان ينبغي ان يكون الصدقة اولى لانها توجب ملكا لازما
والهبة توجب ملكا غير لازم ونقض ما ليس بلازم لما فيه من تقليل النقض
اولى والجواب ان الهبة من ذي رحم محرم لازمة ومن الاجنبي ان لم تكن
لازمة ففيها عوض مشروط عرفا ولهذا يثبت للواهب حق الرجوع ما لم يعوض
منها ففي نقض الصدقة ان كان نقض اللزوم ففي نقض الهبة نقض العوض
كذا في الذخيرة **وفيه بحث** لان العوض لو كان مشروطا عرفا لجرت الشفعة
فيها كما تجري عند شرط العوض نصا ولترجحت الهبة على الرهن كما
تترجح عليه عند شرط العوض اذ المعروف كالمنصوص وليس كذلك
قوله ولا ترجيح باللزوم اي لا يرجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم
لان اثر اللزوم في ابطال الرجوع وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح
انما يقع لمعنى قايم في الحال لا بمعنى يرجع الى المال كذا في الكافي **وفيه نظر**
لان بينة الرهن والقبض تترجح على بينة الهبة والقبض بجهة ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون فيوجب الملك من الجانبين وبحكم الهبة غير مضمون
مع ان اثر الضمان يظهر في ثاني الحال عند الهلاك لا في الحال وجوابه
ان اثر الضمان يظهر في الحال الا انه غير متقرر وانما التقرر عند الهلاك
وسياتيك تحقيقه في الرهن ان شاء الله تعالى نعم يشكل بان البينة
المثبتة للنسب بفراش النكاح راجحة على البينة المثبتة له بفراش ملك
اليمين لان النسب الثابت بفراش النكاح اكد حتى لا ينتفي بمجرد النفي
من غير لعان بخلاف الثابت بملك اليمين حتى لو برهن الغلام انه ابن هذا
العبد من هذه الامة وبرهن المولى انه ابنه من هذه الامة فهو ابن العبد
وكذا لو برهن العبد انه ابنه من هذه الامة وبرهن المولى انه ابنه من هذه
الامة فهو ابن العبد لان بينة العبد تثبت النسب بفراش النكاح
وبينة المولى تثبت النسب بملك اليمين والثابت بالنكاح اكد فكانت
بينة العبد اكثر اثباتا ولا يخفى ان تاكد النسب الثابت بالنكاح
لا يظهر في الحال بل عند النفي كما لا يظهر تاكد الصدقة في الحال بل عند الرجوع
قوله لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه **وفيه**
نظر لان الشراء يوجب الملك في الرقبة من الجانبين والنكاح ان كان

يوجب ملك الرقبة في المهر فهو يوجب في المراة ملك المنفعة وملك
الرقبة اقوى وكان ما يفيد ملك الرقبة في الجانبين احق لقبول البينة
عليه مما يفيد ملك المنفعة في احدهما لان البينة المفيدة لملك الرقبة
اكثر اثباتا **واجيب** بان النكاح يوجب الملك في المهر مؤكدا حتى لا يبطل
بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشتري فكان اقوى من هذا
الوجه الذي ذكر فاستويا **وفيه بحث** لان الملك في المهر ان كان لا يبطل
بهلاكه قبل التسليم فقد يبطل بردة المنكوحة وتمكينها ابن الزوج
وبالطلاق قبل الدخول ايضا يبطل الملك في نصف المهر قبل التسليم
وبعده ولا يتاكد ذلك الا بالدخول او بالموت فصار كالمبيع من حيث
ان الملك فيه لا يتاكد الا بالقبض فلا ترجيح بهذا الاعتبار والشراء
راجح من حيث انه يفيد ملك الرقبة من الجانبين فينبغي ان يكون هو
احق بل الجواب ان النكاح وان كان يفيد ملك المنفعة في احد
الجانبين فهو يفيد ملكا متاكدا حتى لا يقبل الفسخ والبيع لا يفيد ملكا
متاكدا وان كان يفيد ملك الرقبة فاستويا لكن هذا يوجب ان يستوي
النكاح مع البيع فيما اذا باع فضولي امة وزوجها فضولي اخر من اخر
واجازهما المولى وقد ذكرنا من الكافي ان الراجح هنا هو البيع لانه يفيد
ملك الرقبة دون النكاح **قوله** الا عند الهلاك معنى لا صورة
يشير الى ان المرتهن يملك بعد الهلاك مالية المرهون وان كان لا يملك
صورته وسيجيء لك الاشارة في الكتاب وبعض الشروح الى ان المرهون
لا يصير مملوكا للمرتهن لا صورة لانها امانة في يده حتى يكون كفنه على الراهن
ولا مالية لانها صفة والاوصاف لا تملك قصدا فكانه اراد انه يملكه
معنى من حيث الاعتبار فانه لما صار مستوفيا لحقه بمالية المرهون
بدا صار كانه ملكه **قوله** وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء
من اخر اي من رجل اخر وذكرا تاريخا اي تاريخا واحدا كذا في الشرح
قلت لو كان المراد هو التاريخ الواحد لم يكن في قوله وذكرا تاريخا
فائدة لان ذكر التاريخين المستويين كعدمه وكذا لم يكن للتعليل
بقوله لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا معنى اذ لا حاجة
لهذا التكلف عند استواء التاريخين بل يكفيه حينئذ ان يقول
لانهما استويا في سبب الاستحقاق وانما يحتاج اليه عند اختلاف
التاريخين من حيث انه يوجب ان يقضى لاسبقهما تاريخا الا ان المشتريين
يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ في ملك البايعين فكانهما حضرا

وادعيا الملك المطلق من غير تاريخ وهناك يقضى بينهما فكذا هنا
فالظاهر انه اراد بقوله وذكرا تاريخا ان كلا منهما ذكر تاريخا غير
تاريخ صاحبه كما هو المذكور فى بعض الحواشى وهو محمول على القول الاول
لابى حنيفة وابى يوسف رح والقول الاخر لمحمد رح ففى الذخيرة انهما
اذا ادعيا الشراء من اثنين والدار فى يد ثالث فان لم يورخا او ارخا
على السواء قضى بينهما ولو ارخا وتاريخ احدهما اسبق فهو على الاختلاف
الذى ذكرنا فى الميراث وذكر الاختلاف فى الميراث بقوله ولو ارخا
وتاريخ احدهما اسبق بان اقام احدهما بينة ان اباه مات منذ سنة
وتركها ميراثا له واقام الاخر بينة ان اباه مات منذ سنتين وتركها
ميراثا له فعلى قول ابى حنيفة اخرا على ما ذكر فى المنتقى وهو قول ابى يوسف
آخرا على ما ذكر فى الاصل وهو قول محمد رح اولا على ما روى ابن سماعة
عنه يقضى لاسبقهما وعلى قول محمد اخرا وهو قول ابى يوسف وابى حنيفة
اولا يقضى بينهما لان كلا منهما يثبت الملك لمورثه اولا ثم يثبت الانتقال
الى نفسه فكان المورثين حضرا وادعيا الملك لانفسهما بلا تاريخ
وهناك يقضى بينهما هذا لفظه **فان قلت** ذكر فى الذخيرة تشبيه
لمسئلة الميراث بمسئلة الشراء بقوله كما اذا ادعيا الشراء من اثنين
واقاما البينة وارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى لاسبقهما تاريخا
بلا خلاف **قلت** كان قوله بلا خلاف محمول على احدى الروايتين
من كل منهم فان فى المسئلة روايتين من كل على ما ذكرنا فى تفصيل مسئلة
الميراث والا لم يستقم قوله فى مسئلة الشراء انه على الاختلاف فالذى
ذكرنا فى الميراث وانما خص مسئلة الشراء بقوله بلا خلاف بناء على احدى
الروايات منهم مع ان مسئلة الميراث ايضا بلا خلاف على احدى
الروايات منهم لان الراجح فى الشراء من محمد رح هو القضاء للاسبق
لانه ظاهر الرواية منه بخلاف مسئلة الميراث لان الراجح عنده هو
القضاء بينهما لانه القول المرجوع اليه وعن هذا احتاج الى الفرق
على قول محمد بين مسئلة الشراء والميراث على ما سنذكره والا ففى كل منهما
روايتان من كل منهم فلا حاجة الى الفرق الا انه لما كان الراجح عنده
فى الشراء القضاء للاسبق وفى الميراث القضاء لهما نصفين احتاج الى الفرق
ولفظ الكافى ايضا يدل على ان المراد بقوله وذكرا تاريخا هو ما قلنا حيث
قال فيما اذا ادعيا الشراء من واحد ان ارخا واحدهما اسبق تاريخا
يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من رجلين

لانهما

لانهما يثبتان الملك لبايعهما ولا تاريخ لملك البايعين فتاريخه لملكه
لا يعتد به وصار كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بلا تاريخ
فيكون بينهما اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما
اختلفا فى التلقى منه فاذا اثبت احدهما ملكه فى وقت لا ينازعه
غيره لا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقى منه وهو لا يتلقى منه ثم قال
التاريخ اما لو ذكرا تاريخين فالسابق اولى **فان قلت** ما الفرق
لمحمد رح بين مسئلة الشراء ومسئلة الميراث فان الخارجين اذا
ادعيا ارثا من ابويهما وارخا وتاريخ احدهما اقدم يقضى بينهما على
محمد رح فلم يعتبر سبق التاريخ واعتبره فى الشراء **قلت** الفرق بينهما
من حيث ان ملك المشترى حادث بسبب وهو الشراء فكل من المشتريين
اثبت لنفسه ملكا حادثا لا تعلق له بملك البايع فمن اثبت الملك
لنفسه فى وقت لا ينازعه فيه احد كان هو اولى فاما ملك الوارث فهو ليس
بملك جديد بل هو عين ما كان ثابتا للمورث لان الوراثة خلافة ولا تاريخ
فى ملك المورثين فاستويا من هذا الوجه فافترقا كذا فى الشرح وهكذا
فى الذخيرة ويرد عليه ان محمدا رح قد اعتبر ملك الوارث متجددا حيث
قال اذا ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه
مات وتركها ميراثا وعلل بان ملك الوارث متجدد حيث يجب عليه الاستبراء
ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل
صرح بهذا التعليل المصنف رح فيما سبق فههنا تصريح من قبل محمد رح
بان ملك الوارث ملك جديد لا عين ما كان ثابتا للمورث فلم يتم هذا
الفرق على اصله وجوابه ان يقال ان ملك الوارث عين ملك المورث
من وجه حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير الوارث مغرورا بشراء المورث
وملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث الغنى
ما كان صدقة للمورث الفقير فمن حيث انه متجدد ينبغى ان يعتبر سبق
التاريخ كما فى الشراء ومن حيث انه عين ملك المورث ينبغى ان لا يعتبر
فلا يعتبر بالشك وهكذا يقول فى مسئلة الوراثة فان كونه متجددا يوجب
ان لا يستحقه الوارث الا بالشهادة على النقل وكونه عين ملك المورث
يوجب ان يستحقه بلا نقل فلا يستحق بدون النقل بالشك فوضح الفرق
قوله على تقدم الملك اى ملك بايعه لجواز ان يكون الاخر اى البايع الاخر
اقدم ملكا او لجواز ان يكون ملك بايع المدعى الاخر اقدم والحاصل ان
الاستحقاق هنا ليس الا لمن كان ملك بايعه اقدم لا لمن كان شراؤه اقدم

وتوقيت احدهما شراءه من بايعه ان كان يدل على تقدم شرائه على شراء
غير الموقت من حيث انه مضاف الى اقرب الاوقات لحدوثه فلا يدل على تقدم
ملك بايعه واما فيما اذا كان دعوى كل هو الشرى من واحد فالاستحقاق
لمن ثبت تقدم شرائه وتوقيته يثبت تقدمه لوجوب اضافة شراء غير الموقت
الى اقرب الزمان فوجب القضاء للموقت **قوله** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو رواية عن محمد وعنه انه لا يقبل ذكر الروايتين عن محمد ولم يذكر
الروايتين عن ابي يوسف رح وذكر في الذخيرة عن ابي يوسف ايضا روايتين
في اعتبار التاريخ في دعوى الملك المطلق **قوله** لان البينتين قامتا
على مطلق الملك ومطلق الملك في معنى النتاج من حيث اولوية الملك
حتى يستحق المدعي بالزوايد ولا عبرة بالتاريخ في النتاج فكذا في الملك
المطلق او معناه ان البينتين قامتا على مطلق الملك وبينة ذي اليد
على الملك المطلق غير مقبولة فلا يعتبر بتاريخه **قوله** وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة **فان قلت** البينة انما تكون دافعة اذا كان للتاريخ
عبرة ولا عبرة له في مطلق الملك كما ذكر محمد رح **اجيب** بان دعوى مطلق
الملك وان كانت دعوى اولية الملك التي هي في معنى النتاج الذي
لا عبرة بالتاريخ فيه فهي ليس بنص في دعوى الاولية بل يحتمل ان يكون
دعوى التملك من جهة المدعى عليه فاعتبرناه بدعوى التملك في اعتبار
التاريخ وبدعوى النتاج في استحقاق الزوايد ورجوع الباعة
بعضهم على بعض الى هذا اشير في الذخيرة او نقول مطلق الملك انما
يعتبر في معنى النتاج لتعذر تعيين بعض الاوقات تفاديا عن الترجيح
بلا مرجح وهذا انما يتصور عند الاطلاق عن ذكر الوقت اما اذا تعرضا
للوقت المعين فلا حاجة بناء الى جعله بمعنى النتاج حتى يجب هدار الوقت
بل يجب اعتباره ويجب الحكم للسابق تاريخا **قوله** وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما يعني ان محمدا رح قال البينة بينة الخارج وكل واحد
في النصف خارج فيقضى بينهما وعندهما الكل لذي اليد اما الذي ليس في يده
فظاهر واما الذي في يد فلان بينة تتضمن معنى الدفع كذا في الشاهان
والصواب في العبارة ان يقول الكل لاقدمهما تاريخا يعرف بالتأمل
قوله لانه اقدم ويقال بل غير المورخ اقدم لان الدعوى في الملك المطلق
وانه دعوى اولية الملك حتى يستحق بزوايده المتصلة والمنفصلة فصار غير
المورخ كانه يدعي الملك من وقت وجوده والمورخ يدعيه في وقت متأخر
من اول الاوقات وجوده فكان غير المورخ اقدم بخلاف دعوى الشراء

اذا ارخت احدهما لان الشراء حادث فيضاف الى الاوقات ومن ضرورة
اضافة شراء غير المورخ الى اقرب الاوقات تقدم شراء صاحب الوقت
اما الملك المطلق فليس بمضاف الى اقرب الازمان بل الى اول زمان وجوده
فاين احدهما عن الاخرى فكانه اراد انه في حكم الاقدم من حيث انه اثبت
ملكه في وقت وملك الاخر يحتمل ان يكون اسبق منه فيزاحمه وان يكون
متأخرا منه فلا يزاحمه فلا يثبت المزاحمة بالشك ودعوى الملك المطلق
ليس بدعوى اولية الملك نصا بل يحتمله كدعوى الاولية لعدم رجحان
بعض الاوقات فلا يثبت به المزاحمة يقينا **قوله** فصار كما في دعوى الشراء
اذا ارخت احدهما وهذا اذا لم يكن واحد منهما صاحب اليد وتلقى كل
منهما الشراء من واحد اما اذا كان احدهما صاحب اليد فصاحب اليد
اولى من صاحب الوقت واذا كان كل منهما صاحب اليد واحدهما مورخ
فهما سواء وكذا اذا ادعيا الشراء من اثنين فهما سواء ارخا او لم يورخا
او ارخ احدهما ولم يورخ الاخر **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما
تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي
من جهته ولا يقال هذا التعليل لا يكاد يتم من قبل محمد رح لانه لا يقبل
بينة ذي اليد الموقتة على وجه الدفع لانا نقول انه وان كان لا يقبل
بينة ذي اليد الموقتة على وجه الدفع ولكنه يعترف بقبول بينة ذي اليد
على الدفع في الجملة كما مر في الخمسة فيصح هذا القول منه غير ان عدم
تضمن معنى الدفع ههنا عنده لدليل سبق في المسئلة السابقة وعند
ابي حنيفة رح لما ذكرنا انه وقع الشك في التلقي من جهته وقوله انما تقبل
لتضمنها معنى الدفع لا يدل على ان بينة ذي اليد الموقتة دافعة عند محمد
ونقول انه محمول على القول المرجوع عنه او هو على زعم ابي يوسف رح فانه
يقول بالدفع في المسئلة السابقة **قوله** وقال ابو يوسف رح الذي وقت
اولى كذا ذكر في النوادر قالوا هذا مستقيم على قول ابي يوسف الاخر لان
على قوله الاخر للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق وانه مشكل على قوله
الاول وينبغي ان يكون غير المورخ اولى لانه اسبقهما تاريخا لانه يدعي
اولية الملك ويؤيده ان في فصل الخارج مع ذي اليد اذا ارخ احدهما
ولم يورخ الاخر كان غير المورخ اولى على قوله الاخر كذا في الذخيرة **قلت**
ذكر المصنف رح في فصل الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا وارخ
احدهما ان المورخ اولى على قول ابي يوسف واشار في التعليل الذي
ذكر من قبل ابي يوسف بقوله ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت

بيقين الى ان فائدة اعتبار التاريخ عنده في الملك المطلق هو ترجيح المورخ
والحكم بملكه في ذلك الوقت بيقين فلا يشكل على قوله الآخر شيء **قوله**
وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك فكان المطلق اسبق تاريخا
فان قلت فيجب ان يكون المطلق اولى في دعوى الخارج مع ذي اليد ايضا
اذا ارخ احدهما ولم يورخ الآخر وقد ذكر ان الاولى فيه عنده الخارج
وايضا قد سبق انهما اذا وقتا في الملك المطلق وتاريخ احدهما اسبق
فهما سواء عنده في عدم اعتبار التاريخ **قلت** في اعتبار التاريخ عند
الاجتماع والانفراد روايتان عن محمد في قوله الاول للتاريخ عبرة وفي قوله
الآخر لا عبرة به في الملك المطلق فما ذكرهنا ان المطلق اولى فهو على قوله
الاول ويجب على قوله الآخر ان يكون بينهما وما ذكر في الخارج مع ذي اليد
فذلك على قوله الآخر ويجب على قوله الاول ان يكون الاولى هو المطلق
ويمكن ان يقال انما اعتبر محمد المطلق لانه اكثر اثباتا بخلاف الخارج
مع ذي اليد لان من هو اكثر اثباتا هنالك هو الخارج سواء كان هو المطلق
او الموقت اما ان كان مطلقا فلانه يثبت اولية الملك كالنتاج وذو اليد
يثبته في بعض الاوقات واما ان كان موقتا فلان بينة ذي اليد لا تثبت
شيئا لان اولية الملك ثابت له باليد بخلاف بينة الخارج **قوله**
وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج بان يقول
هذه الدابة او هذه الجارية لي ولدت في ملكي فلا يكفي ان يقول انها
نتجت عنده او ولدت عنده ولم يشهدوا انها له لانه قد تلد امة الانسان
او دابته عند غيره وكذا لا يكفي ان يشهدوا انه ابنة امة المدعي او ابنها اذ
ليس من ضرورة كونها ابنة امته او كونه ابن امته ان يكون ملكا له فان
المولى اذا استولد امة نفسه وولدت بنتا او ابنا فهذه ابنة امته
او ابنها وليس بمملوك له وكذا الامة اذا زوجت نفسها بغير اذن مولاها
على انها حرة فولدت بنتا فهذه ابنة امة الرجل وليست بمملوكة له وكذا
اذا باع بنت امته فهي ابنة امة البائع بعد البيع وليست بمملوكة له
اما اذا شهدوا ان هذا العبد ولدته امة المدعي فان هنالك يقضي بالعبد
له لانهم شهدوا بملكية الولد حيث قالوا هذا العبد وبملكية امة المدعي
وقت الولادة والامة المملوكة للانسان لا تلد ولدا مملوكا لغيره الا لك
فكانهم شهدوا بملكية الولد فالحاصل ان الشهادة بولادة العبد والولد
من امة الانسان شهادة بملك العبد والامة لمولى الامة والشهادة بولي
الابن والابنة ليست بشهادة بملك الابن والابنة لمولى الامة كذا ذكر

في الذخيرة

في الذخيرة وانه مشكل فان امة الانسان قد تلد مملوكا لغيره كما اذا اوصى
بحمل جارية لرجل فمات الموصي ثم ولدت الجارية فولدها للموصى له وهي لوارث
الموصي فقد ولدت مملوكا لغير مالكها وكذا اذا اوصى بالجارية واستثنى
حملها ثم مات الموصي ثم ولدت او اوصى بالجارية لرجل وبحملها لآخر ثم مات
ثم ولدت فلا يكون الشهادة بان هذا العبد ولدته امة هذا المدعي
شهادة بالملك للمدعي في العبد والله اعلم **قوله** فصاحب اليد اولى
هذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه اخذ
ابن ابي ليلى رحمه الله ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد
لان الخارج كما يثبت استحقاق اولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق
الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وبينة ذي اليد لا يثبت استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه ما وكانت بينة الخارج اولى بالقبول كما
في دعوى الملك كذا في الشرح **قوله** لان البينة قامت على ما لا يدل
عليه اليد **وفيه بحث** لما ذكرنا انه لا يكتفي بذكر النتاج بل لا بد مع ذكره
انه له واليد ان كانت لا تدل على النتاج فهي تدل على انه له فكانت بينة الخارج
اكثر اثباتا من بينة ذي اليد لانها تثبت الملك والنتاج جميعا او بينة
ذي اليد لا تثبت الا النتاج لان نفس الملك ثابت له بحكم اليد واثبات
الثابت مستحيل والبينة التي هي اكثر اثباتا احق بالقبول لان البينات
للاثبات وايضا كما تقوم بينة ذي اليد فيما لا يتكرر من النتاج ونحوه
على ما لا تدل عليه اليد تقوم بينته فيما يتكرر من الاسباب نحو الغرس والزرع
على ما لا تدل عليه اليد ايضا ثم بينته فيما يتكرر لا تترجح على بينة الخارج
باليد فكذا فيما لا يتكرر فالاولى ان يحال العمل ببينة ذي اليد في النتاج
على حديث جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
في عين هذه الصورة لصاحب اليد ويمكن ان يجاب عن الثاني بان دعوى
الملك فيما يتكرر من السبب كدعوى الملك بلا سبب من حيث ان في كل منهما
دعوى الملك على وجه يحتمل التملك على غير ذي اليد فصار ذكر ذلك السبب كعدمه
وصار الدعوى بذلك السبب دعوى الملك المطلق واليد تدل عليه فلا يكون
بينة ذي اليد كبينة الخارج حتى تترجح باليد كما في دعوى الملك بلا سبب
وعن الاول انه قد يكتفي بدعوى النتاج والشهادة عليه على وجه يتضمن
دعوى الملك والشهادة عليه نحو ان يقول هذا العبد ولدته امة هذا
المدعي وشهدوا بذلك على ما ذكرنا وبينة ذي اليد على هذا الوجه تثبت
النتاج قصدا والملك ضمنا والاعتبار للمقاصد بالنظر الى المقصود

بينة ذي اليد كبينة الخارج على السواء فتترجح باليد **قوله** ويترجح بينة ذي
باليد **فان قلت** بينة ذي اليد على النتاج تدل على اولية الملك واليد
لا دلالة له على ذلك فكيف يترجح بينة ذي اليد بما لا يدل على مقتضى بينته
ولا يتعرض له لا نفيا ولا اثباتا **قلت** نعم ان اليد لا تدل على مقتضى بينة
النتاج ولكن لا شك ان اليد دليل الصدق فتترجح به وفي الشرح
فان قيل يشكل على هذا ما اذا ادعى ذو اليد النتاج وادعى الخارج انه
غصبه منه ذو اليد او ملكه اجره او اودعه منه او اعاره منه كانت بينة
الخارج اولى **قلت** قال شيخ الاسلام الحاصل ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة
الخارج على النتاج لو ادعى الملك المطلق اذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد
نحو الغصب والوديعة اما لو ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى
واشار محمد الى المعنى فقال لان بينة الخارج في هذه الصورة اكثر اثباتا
لانها تثبت الفعل على ذي اليد وانه ليس بثابت اصلا وذو اليد ادعى اولية
الملك واليد وان كانت لا تدل على اولية الملك تدل على اصل الملك وكان
ما ادعاه ذو اليد ثابتا من وجه وما ادعاه الخارج من الغصب وغيره
غير ثابت اصلا وكانت بينته اكثر اثباتا فكان اولى بالقبول كذا في الذخيرة
ثم لفظه **وفيه نظر** اما اولا فلان الخارج وذا اليد لو ادعيا النتاج لا غير يقضى
لذي اليد مع ان اصل الملك ثابت لذي اليد بيده وليس بثابت للخارج وجه
ان القياس فيه ان يقضى للخارج الا انا استحسنا بحديث جابر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه لذي اليد واما ثانيا فلان
البينة المثبتة للزيادة انما تترجح على بينة ذي اليد اذا لم يكن في بينة ذي اليد
سبق التاريخ اما اذا كان فلا صرح به الشارح قبيل هذا في جواب ابن ابي ليلى
حيث قال واما قوله ان بينة الخارج اكثر اثباتا قلنا نعم لكن لا لان في بينة
ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل الملك من الغير
فكان اولى الا ترى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد سبقهما تاريخا
يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على بينة ذي اليد
الى هنا اشار في الذخيرة ثم لفظه وهذا تصريح بان البينة المثبتة للزيادة
لا تترجح على بينة فيه سبق التاريخ فكيف يترجح ببينة الخارج لو ادعى فعلا
على بينة ذي اليد على النتاج وفيها سبق التاريخ وجوابه انه ذكر الفقيه
ابو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط دابة في يد رجل اقام اخر بينة
انها دابته اجرها من ذي اليد وصاحب اليد اقام بينة انها دابته نتجت عنده
فانه يقضى به لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والاخر يدعي الاجارة والنتاج سبق

من اعتبر

من اعتبر السبق فالمسئلة عنده ممنوعة او مردودة الى اصل اخر اشار اليه محمد
فقال ذو اليد اذا ادعى النتاج انما يكون اولى اذا صح منه دعواه ولم يصح هنا
لان الخارج لما اثبت الارتهان او الاجارة فقد اثبت اقرار ذي اليد ان الملك
فيه للخارج ومع اقراره بذلك لا يصح منه دعوى النتاج والبينة لا تسمع
بدون الدعوى فكانه لم يقم البينة وكذلك اذا اثبت الخارج الغصب لان
من الجائز انهم شهدوا بالغصب لانهم عاينوا الاخذ من الخارج او انهم سمعوا
اقراره بالغصب فباعتبار الاخذ يصح دعوى النتاج من ذي اليد وباعتبار
الاقرار لا يصح فلا يصح بالشك **قوله** وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا
اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به لانه بمنزلة ظهور النص
بعد ما قضى بخلافه وبه ينقض القضاء فكذا هنا **وفيه بحث** وذلك انه لو
كانت امة في يد رجل اقام اخر بينة انه قضى قاض بلد كذا انها له بشهادة شهود
شهدوا انها له واقام ذو اليد بينة انها امته ولدت في ملكه فالقاضي يمضي ذلك
القضاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو كانت البينة على النتاج كنص
ظهر في ظهور الخطاء بيقين لكان على هذا القاضي ان ينقض قضاء الاول
بالملك المدعى وما ذكر في الذخيرة ان شهادتهم بانه قضى له بشهادة شهود
شهدوا عنده انها له يحتمل بشهادة شهود شهدوا عنده انها له اشتراها
من ذي اليد وكذا يحتمل ان ذا اليد اقام هذه البينة عند ذلك القاضي
فلا دحض اجتهاده على ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد كما ذهب اليه
ابن ابي ليلى فان مذهبه ان الخارج اذا اقام البينة على النتاج او على الملك
المطلق واقام ذو اليد البينة على النتاج فبينة الخارج اولى فيكون قضاء
الاول باقيا لا يجوز نقضه فمع هذين الاحتمالين لا ينقض القضاء الاول
ففيه نظر اما اولا فلوجود الاحتمال فيما اذا قضى القاضي بالملك المطلق
للخارج ثم برهن ذو اليد النتاج عند ذلك القاضي لان دعوى الملك
المطلق يحتمل دعوى التملك على ذي اليد من حيث انه ليس بنص في دعوى
اولية الملك وقد اعتبرت دعوى التملك في حق اعتبار التاريخ على ما
ذكر في الذخيرة فيما قبل فيجب ان ينقض القضاء الاول بالاحتمال
ههنا ايضا واما ثانيا فلان خلاف ابن ابي ليلى لو كان معتبرا لوجب
ان لا ينقض القضاء ببينة ذي اليد على النتاج عند القاضي الذي قضى
الملك المطلق للخارج اولا اذ لا تيقن بالخطاء في القضاء الاول
لوقوعه صحيحا عند ابن ابي ليلى فلا يصح نقض القضاء الا بظهور الخطاء
يقينا الا ترى انه لو قضى لرأيه ناسيا لمذهبه بل عامدا في اصح الروايتين

عن ابي حنيفة رح نفذ لانه ليس بخطا يقينا فالظاهر ان خلاف ابن ابي ليلى غير معتبر لما ذكر المصنف رح فيما تقدم ان ما اجتمع عليه الجمهور فلا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف وان المعتبر الاختلاف في الصدر الاول ثم المصنف خص المقضي عليه بالملك المطلق بالذكر مع ان ذي اليد المقضي عليه بالنتاج اذا اقام بينة على النتاج تقبل وينقض القضاء بالنتاج للخارج وانما خصه ليثبت الحكم في المقضي عليه بالنتاج بالطريق الاولى وذلك لما ذكر في الذخيرة ان الخارج بدعوى النتاج يدعي اولية الحكم بحيث لا يحتمل التملك على ذي اليد فلا يمكن ان يجعل ما يستحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد استحقاقا على ذي اليد بل يكون بيانا انه كان له من الاصل فلا يصير ذو اليد مقضيا عليه بالقضاء للخارج بالنتاج اما في دعوى الملك المطلق فيصير ذو اليد مقضيا عليه بالقضاء للخارج من وجه لان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من ذي اليد فلما قبل بينة ذي اليد على النتاج بعد القضاء عليه بالملك المطلق للخارج وانه يصير مقضيا عليه بهذا القضاء فلان يقبل بينته على النتاج بعد القضاء عليه بالنتاج للخارج وانه لا يصير مقضيا عليه اولى الا ان التعليل ذكر المصنف بقوله لانه بمنزلة النص يقتضي التفرقة بين ما اذا قضي عليه بالملك المطلق ثم برهن على النتاج او بالنتاج ثم برهن عليه لان بينة النتاج انما يكون كالنص بالنسبة الى الملك المطلق دون النتاج كان البينة الثانية فيه كالاولى والثانية ان ترجحت باليد فالاولى ترجحت باتصال القضاء به فاستويا هذا وقد ذكر في الذخيرة في اخر الفصل الخامس والعشرين من كتاب الدعوى نقلا عن المنتقى رجل في يديه مملوك ادعى رجل انه مملوكه والذي في يديه يجحد وادعى لنفسه فحلف فنكل فيقضى عليه بالنكول فقال ذو اليد وقد كنت اشتريته منه قبل الخصومة فاقام بينة قبلت ولا يكون اباؤه اكذابا للشهود الشراء ولو اقامها على انه لي ولد في ملكي او على انه اشتريته من فلان غير المدعي وقد ولد في ملكه لا تقبل هذه البينة هنا لفظه وهو مخالف لما ذكر من ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام بينة على النتاج تقبل والله اعلم **قوله** ينقض القضاء **فان قلت** كيف ينقض وقد ظهر ان قضاءه قد كان في فصل مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يقول بان بينة الخارج على الملك المطلق وعلى النتاج اولى من بينة ذي اليد على النتاج كما ذكرنا من الذخيرة والقضاء اذا لا في فصل مجتهد فيه

ابتداء نفذ فاولى ان يبقى نافذا اذا ظهر انه كان في الفصل المجتهد فيه **اجيب** بان البعض شرطوا لنفاذ القضاء في المجتهد فيه ان يكون القاضي اخذا بقول من قضى على مذهبه وههنا وان ظهر ان القضاء وقع على مذهب ابن ابي ليلى فالقاضي حين قضى لم يكن اخذا بمذهبه فينقض القضاء على هذا القول او يكون هذا النقض مبنيا على ان المعتبر لنفاذ القضاء هو الخلاف في الصدر الاول او على انه لا عبرة بخلاف البعض على خلاف الجمهور فيكون على بعض الروايات **قوله** لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج **قلت** بل الاصل هو القضاء باقوى الحجتين وقد وقع الشك هنا في ما هو الاقوى ان كان السبب مما لا يتكرر كان الاقوى بينة ذي اليد لما مر في مسئلة النتاج وان كان مما يتكرر كان الاقوى بينة الخارج وفي مسئلة يجب بقاء ما كان على ما كان فينبغي ان لا ينقض يد ذي اليد بالشك توضيحه ان خبر النتاج لو كان غير معقول لوجب القضاء على ما عرف كون سببه مما لا يتكرر يقينا ولكن المصنف رح ذكر له وجها معقولا حيث قال لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد وهذا يقتضي ان الاصل هو العمل ببينة ذي اليد حتى ان الخبر لو لم يكن واردا فيه لترجحت بينته ايضا فكان ما مر دليلا جدليا والمعول عليه هو الخبر لما ذكرنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا لانه يثبت الملك والنتاج جميعا وبينة ذي اليد لا تثبت الا النتاج لثبوت اصل الملك باليد واثبات الثابت متعذر والترجيح باليد بعد الاستواء في الاثبات الذي وضعت البينات لاجله **قوله** وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر بان ادعى الخارج انه اشترى من ذي اليد وبرهن واقام ذو اليد البينة انه اشترى من الخارج فلا تاريخ معهما بان لا يكون واحد منهما مورخا او كان احدهما مورخا دون الاخر **قوله** ولا يعكس **فان قلت** لما كان اليد دليل سبق شراء ذي اليد من الخارج تعذر العكس لتعين سبق شراء ذي اليد باليد ومع سبق شرائه لا يمكن القول بسبق شراء الخارج وان كان البيع قبل القبض جائزا **قلت** هذا دليل اخر على امكان الجمع بين البيعين يعني ان طريق الجمع بين البيعين متعين هنا لعدم جواز البيع قبل القبض عند محمد رح مطلقا وطريق الجمع اذا كان معينا وجب الجمع عملا بالدليلين بالقدر الممكن وعندهما لما جاز بيع العقار قبل القبض لم يتعين طريق الجمع حيث امكن العكس ايضا فلا يجمع لتعذر الجمع بالطريقين معا وفي التعيين ترجيح بلا مرجح فيجب التهاتر

والله اعلم قوله ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبايع
فصار كانهما قامتا على اقرارين وفيه بحث لان المسئلة وضعت في دعوى الشراء
لا في دعوى البيع وفي دعوى الشراء لا يدعي كل اقرار صاحبه بالملك له من قبل
ان الاقدام على الشراء اقرار بالملك للبايع حتى يقوم البينتان على اقرارين
بل يقر كل بالملك لصاحبه من غير ان يحتاج الى اثباته بالبينة وانما يكون كل
واحد منهما مدعيا اقرار صاحبه بالملك له من قبل ان الاقدام على الشراء
اقرار بالملك للبايع ان لو ادعا كل انه باع من صاحبه هذا العين كما ذكر
محمد رح فانه ذكر هذه النكتة في دعوى البيع فالتعليل المذكور لهما لا يوافق
وضع المسئلة فالحق في العبارة ان يقول ولهما ان دعوى الشراء دعوى اقرار
البايع لوقوع الملك للمشتري لظهور ان البينتين انما قامتا على اقرار البايع
لوقوع الملك للمشتري لا على اقرار المشتري بالملك للبايع اللهم الا ان يراد
بالشراء البيع وبالبايع المشتري فيكون المعنى ان الاقدام على البيع اقرار
منه بالملك للمشتري فيكون دعوى الشراء دعوى اقرار البايع بوقوع الملك
للمشتري فحينئذ يترتب عليه قوله فصار كانهما قامتا على اقرارين قوله
ولان السبب يراد لحكمه يعني ان المقصود من اثبات السبب هو الحكم اعني
الملك وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق يستحقه الخارج
عليه فبقي القضاء له بالسبب دون الحكم وهذا لا يجوز ذكره جواب
عن محمد رح فان قلت لما جعل كان ذا اليد اشترى من الخارج وقبض
ثبت السبب وهو البيع مع الحكم وهو الملك لذي اليد فلا يكون القضاء
بمجرد السبب قلت اذا لم يورخ الشهود جعلوا كالمقارنين فصار كانه
قضي بالسبب بدون حكمه كذا في الشاهان فان قيل الشهود وان لم يورخوا
فلا خفاء ان سبق التاريخ في شراء ذي اليد قد ثبت دلالة لان القبض
دليل السبق والدلالة تعمل عمل الصريح فلا يكون قضاء بالسبب المجرد قلت
انما يكون القبض دليل السبق عند محمد رح باعتبار انه لو جعل بيع الخارج لاحقا
لزم البيع قبل القبض فلا بد وان يجعل شراء ذي اليد سابقا حملا لامر المسلم
على الصلاح الا يرى ان الشهود اذا شهدوا بالقبض لا يجعل قبض ذي اليد
دليل السبق لجواز كل واحد من البيعين فعلم ان اليد انما تدل على السبق باعتبار
عدم جواز البيع قبل القبض وبيع العقار قبل القبض جايز فاي الشراين
قدمناه يكون جايزا فلا يكون القبض دليل السبق فيجعل الشراين متقارنين
فيلزم القضاء بالسبب دون الحكم نعم يشكل بما اذا شهد شاهدان
على رجل بالنكاح بمهر الف ومهر مثلها خمسمائة وشهد اخران بالطلاق

قبل

قبل الدخول يقضي بالنكاح والطلاق جميعا كذا في الذخيرة في الفصل العشرين
من كتاب الدعوى وهل هذا الا قضاء بمجرد السبب وهو النكاح قوله
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اي حالا ومؤجلا كذا
في الحاشية وهو غير واقع موقعه لان الكلام في الثمن المنقود وعلى تقدير
نقد الثمن من الجانبين لا يتصور ان يكون احدهما حالا والاخر مؤجلا لمنافاة
بين التعجيل والتاجيل فالحق ان يقال المراد الاستواء في الوصف كالجودة
والرداءة فكانه اراد بجنس الالف بالالف قصاص اذا استويا حالا ومؤجلا
وههنا فاذا استويا حالا فيقع المقاصة بينهما اما الواردين فهنا الالف
بهذا الالف قصاص فالمراد الاستواء في صفة الجودة قوله ولو شهد
الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالاجماع وذكر في الكافي وهذا بخلاف
ما ذكرنا اولا من المبسوط والجامع الكبير وغيرهما ثم لفظه وقد يوفق بان
المراد بالتهاتر الترك في يد ذي اليد لاستلزام التهاتر اياه وبقوله لان
الجمع غير ممكن ان الجمع على ذلك الترتيب غير ممكن حتى يقضى للخارج بل الجمع
ههنا ممكن على عكس ذلك فيجمع كذلك عملا بالبينتين فيكون لذي اليد
وبهذا يسقط ما قيل ان الجمع ههنا ايضا ممكن بتقديم شري الخارج من حيث
انا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه حراما ولو جعلنا عقده متاخرا
كان قبضه بحق فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة ووجه
السقوط ظاهر قوله يجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض
من صاحب اليد وهو جايز في العقار عندهما قلت وهذا مشكل لان بيع
العقار قبل القبض ان كان جايزا عندهما ولكن من غير البايع اما من البايع
فلا يصح حيث ذكر في الكافي في متفرقات البيوع ولا يصح بيعه اي بيع المبيع
واجارته من بايعه قبل القبض وهذا باطلاقه يتناول العقار وغيره ولعله
يشير التعليل الذي اشار اليه في الكافي قبيل هذه المسئلة وهو ان البيع
من البايع قبل القبض يفوت القبض المستحق وفواته يفسد البيع فلو صح البيع
من البايع قبل القبض لبطل من حيث صح حيث يفسد به البيع لانه يفوت القبض
المستحق فيه واذا فسد البيع الاول لم ينعقد قبل القبض فيبطل الثاني ضرورة
حيث قال ولا يصح هبة المبيع من بايعه ويبطل البيع لان الهبة لو صحت
ابتداء لبطلت انتهاء لانها لو صحت لصار البايع قابضا بنفس القبول فيفوت
القبض المستحق بالبيع فيبطل البيع فيبطل الهبة بناء عليه فجعلت مجازا عن الاقالة
هذا كلامه وهذا التعليل لا يفرق بين العقار وغيره لان القبض مستحق
في بيع العقار ايضا وانه يفوت بالبيع من البايع قبل القبض لو صح البيع حيث يملكه

البايع

بمجرد البيع منه واذا ملكه تعذر للمشتري ان يقبضه بحكم البيع الاول اذ القبض
بناء على الملك ولم يبق فالاولى ان يقال لما بطل بيع الخارج من ذي اليد قبل قبضه
الدار منه جعل بيعه مجازا عن الاقالة فيعود الى قديم ملك ذي اليد كما يجعل
هبة المبيع من بايعه قبل قبضه مجازا عن الاقالة على ما مر قوله وعند محمد
يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه قلت لما لم يصح بيعه
قبل القبض وجب ان يجعل بيعه من بايعه قبل قبضه مجازا عن الاقالة الا
يرى ان هبة المبيع من بايعه لما لم تكن صحيحة لما مر جعلت مجازا عن الاقالة
فليجعل بيع المبيع من بايعه قبل قبضه ايضا مجازا عن الاقالة فكان الخارج
اشترى من ذي اليد ثم اقال البيع قبل قبضه فيبقى على قديم ملك ذي اليد
والله اعلم

فصل في التنازع بالايدي

قوله لانه اقر
بانه لا يد له حيث اقر بالرق والرق عبارة عن ضعف حكمي واليد عبارة عن القدرة
وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا في الكافي وانه يشعر
بان الرق ينافي اليد وذلك خلاف ما اشار اليه في كتاب السير حيث قال
واذا ابق عبد لمسلم فدخل دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة
الى ان قال وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط
اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك
هذا لفظه فلو كان الرق منافيا لليد والرق باق بعد الخروج الى دار الحرب
لزم ان لا يثبت له اليد بعد الخروج ايضا وذكر في المضاربة ان للعبد
يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ
ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه فلو كان الرق منافيا لليد لم يكن
للمرقوق يد ثم قوله حيث اقر بالرق اشعار بان الرق قد ثبت باقراره وانه
مشكل اذ الصبي ليس باهل للاقرار المضار وفي الكافي فان قيل كيف
يصح اقرار الصبي بالرق وانه من المضار والصغير يقرب من المبار ويبعد
من المضار قلنا ثبوته بدعوى ذي اليد لا باقراره وباقراره اندفع المدعي
هذا لفظه قلت قول صاحب اليد انه ملكه انما اعتبر باعتبار ان الصبي في يده
وكونه في يده مع ان الصبي الحر العاقل في يد نفسه باعتبار سقوط يده على نفسه
وسقوط يده باعتبار ثبوت رقه فكان اعتبار قوله بناء على ثبوت رقه فلو كان
ثبوت رقه بقوله لزم الدور فعلم ان ثبوته باقرار الصبي وانه مشكل قوله
ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله اي ومن ضرورة ثبوت البعض
لصاحب الاتصال بلا نزاع ثبوت كله له من حيث الظاهر وذلك ان البعض لاحدهما

باتفاق

باتفاق بينهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه كما اذا تنازعا في احد زوجي
الباب والزوج الاخر في يد احدهما يقضى لمن في يده ذلك بشهادة الظاهر
وبهذا يسقط ما يرد اعتراضا على ظاهر لفظ الكتاب من ان البعض سالم
لصاحب الاتصال بلا قضاء اذ لا منازعة في البعض المتفق عليه ولا قضاء
بلا منازعة وان القضاء بالبعض لا يستلزم القضاء بالكل فانهما اذا
تنازعا في دابة او غيره واثبتا بالبينة يقضى بينهما نصفين فليس من ضرورة
القضاء بالبعض القضاء بالكل ووجه السقوط على ما ذكرنا من التاويل
ظاهر

باب دعوى النسب

لما فرغ من دعوى
الاموال شرع في دعوى النفوس وقدم دعوى المال لكثرته قوله فان
جاءت به لاقل من ستة اشهر قيد بذلك لانه لو جاءت به لستة اشهر
او اكثر لا يثبت النسب الا اذا صدقه المشتري اما في الاكثر فالمسئلة مذكورة
في الكتاب كما سيجيء ان شاء الله تعالى واما في ستة اشهر فلما ذكر في الكافي
انه ان ولدت الامة بين اثنين لستة اشهر منذ اشترياه فادعى الولد
احدهما والاخر امه معا صحت دعوة مدعي الولد لانه دعوة استيلاد
وبطلت دعوة الاخر لانه دعوة تحرير والاولى اولى لانها اسبق لما مر
وصارت ام ولده لان نصيب المستولد لما صار ام ولده صار نصيب الاخر
ام ولده ايضا وضمن نصف عقرها ونصف قيمتها هذا كلامه وفيه اشارة
الى ان الامة المشتراة اذا جاءت بالولد لستة اشهر كانت دعوة المشتري
دعوة استيلاد وان هذا العلوق حينئذ يعتبر في ملك المشتري اضافة
للحادث الى اقرب الاوقات ومتى كانت دعوة المشتري دعوة استيلاد
لاستدعاء دعوة الاستيلاد كون العلوق في ملكه كما سيجيء ان شاء الله تعالى
والتصور ثابت بان اشتراها وهو يخالطها بحكم النكاح فوافق الانزال
الشراء ومتى كانت دعوة المشتري دعوة استيلاد وكان العلوق معتبرا
في ملكه كانت دعوة البايع دعوة تحرير ولم يكن العلوق في ملكه وغير المالك
ليس من اهله فلا بد من تصديق المالك فعلى هذا لفظ الكنز من قوله ولدت
مبيعة لاقل مدة الحمل منذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهي ام ولده
يحتاج الى التاويل لان اقل مدة الحمل ستة اشهر وقد ذكرنا ان دعوة
البايع اذا جاءت بالولد لستة اشهر منذ بيعت دعوة تحرير وغير المالك
ليس من اهلها فلا بد من تصديق المشتري فيراد بقوله لاقل مدة الحمل لاقل
من مدة الحمل ويراد بمدة الحمل اقل المدة وهو ستة اشهر ليكون المعنى لاقل
من ستة اشهر ولكن القصد الى هذا من قوله لاقل مدة الحمل يشبه الالغاز

والله اعلم قوله ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه ولد
لو كان ذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لوجب ان يثبت نسب ولد الامة
من مولاها بلا دعوته لانا نقول انما لا يثبت لان الظاهر لا يكفي للالزام
وفي اثبات نسبه بلا دعوة الزام النسب عليه بالظاهر وانه لا يصلح لذلك
قوله لان الظاهر عدم الزنا وقد يقال كون الظاهر عدم الزنا لا يوجب
ان يكون العلوق من البايع لاحتمال ان يكون من زوج زوجها البايع منه
فالظاهر عدم الزنا ولا ينعدم الزنا الا بان يكون العلوق من المولى او من زوج
زوجها منه لكن النكاح ليس بظاهر فيحمل على كونه من المولى مع ان احتمال
الوطي من المولى اظهر من احتمال النكاح اذ الامة لا تخلو من وطي المولى
عادة بخلاف التزويج فانه بالنسبة الى الوطي نادر قوله لاستنادها
الى وقت العلوق فان قلت دعوة المشتري ايضا تستند الى وقت
العلوق ولهذا يثبت النسب منه ولو لم تستند لم يثبت لانه انما ثبت
اذا كان العلوق منه وكذا الامة تصير ام ولد للمشتري ولا تصير ام ولد
له الا اذا كان العلوق منه اجيب بان الاصل في دعوة المشتري التي هي
دعوة التحرير انما هو التحرير والدعوة في حق التحرير لا تستند الى وقت العلوق
وان كان تستند اليه في حق ثبوت النسب وامية الولد والاصل في دعوة
البايع وانه دعوة استيلاد انما هو ثبوت النسب وامية الولد والدعوة
في ذلك مستندة والاعتبار في كل واحد من الدعوتين للاصل وباعتبار
دعوة الاستيلاد مستندة ودعوة التحرير مقتصرة ولكنه لا يشفي عليلا
لان المعارضة انما وقعت في النسب والدعوة في حق النسب مستندة الى وقت
العلوق سواء كانت دعوة استيلاد او تحرير فتأمل فكانه اراد ان سبب
دعوة الاستيلاد هو كونها مملوكة له وقت العلوق وسبب دعوة التحرير
كونها مملوكة له في الحال ولا خفاء ان الاول سابق فكانت الدعوة
المبنية عليه سابقة حكما والثاني مسبوق فكانت الدعوة المبنية عليه
مسبوقة حكما والسابق حكما اولى من المسبوق حكما قوله لانه لم يوجد
اتصال العلوق بملكه تيقنا اي انتفى وجدان اتصال العلوق بملكه انتفاء
يقينيا غير مشكوك فقوله تيقنا متعلق بنفي الفعل لا بالفعل المنفي او متعلق
بالفعل المنفي اذ الموجب لصحة دعوة البايع بلا تصديق المشتري انما هو
اتصال العلوق بملكه تيقنا فاذا انتفى ذلك لم يصح دعوته سواء كان انتفاؤه
باليقين بعدم اتصاله بملكه او بكونه مشكوكا قوله فيحمل على الاستيلاد بالنكاح
فان قلت اذا كان الاستيلاد بالنكاح محتملا وجب ان يثبت النسب

بلا تصديق المشتري اجيب بان تصديقه انما يشترط لان له حق الدعوة
لاتصال العلوق بملكه وللبايع حقها فلا تعمل دعوته الا اذا اسقط المشتري
ماله من الحق والا يكون دعوته مبطلا لحق المشتري في الدعوة وابطال الحق لغير
لا يجوز الا برضاه قوله فلم يوجد الحجة اي الحجة الموجبة لصحة دعوة البايع
وهو التيقن باتصال العلوق بملكه قوله لتصادقهما واحتمال العلوق
في ملكه فان قلت كما يحتمل العلوق في ملكه يحتمل في ملك المشتري ايضا فاذا
تصادقا على كون الولد ابن البايع فبعد ذلك احتمل ان يكون العلوق في ملك
البايع فيعتق الولد ويصير الامة ام ولد ويبطل البيع ويحتمل ان يكون في ملك
المشتري ويكون الاستيلاد من البايع بالنكاح فلا يعتق الولد ولا تصير
الامة ام ولد ولا يبطل البيع فيجب ان لا يعتق ولا تصير الامة ام ولد ولا
يبطل البيع بالشك مع ان العلوق حادث والحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات وجودا والاقرب هنا ملك المشتري اجيب بانه لما دار الاستيلاد
بين ان يكون بملك اليمين او بملك النكاح وملك اليمين كان ثابتا للبايع
بيقين فكان الحمل على الاستيلاد به اولى من حمله على الاستيلاد بملك
النكاح الذي هو غير ثابت قوله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة
الام الى قوله وعندهما متقومة فيضمنها قلت ام الولد اذا بيعت وماتت
في يد المشتري كانت مضمونة بالقيمة عندهما دون الثمن على ما مر في باب
البيع الفاسد فجاز ان يكون حصتها من الثمن اكثر من قيمتها فيقع المقاصاة
بقدر القيمة ويجب على البايع رد ما زاد عليها انما لا يرد شيئا من حصتها
اذا كانت حصتها مثل قيمتها او اقل وقوله ولا يرد حصة الام يشعر بانه
لا يجب عليه رد شيء من حصتها وانه على الاطلاق ليس بمستقيم فكانه اراد
ولا يرد جميع حصتها ولا شك ان رد جميع ما يخصها من الثمن لا يجب على البايع
لوجوب المقاصاة بالكل ان كانت قيمتها مثل حصتها او اكثر او بالبعض
ان كانت اقل منها واياما فلا يجب عليه رد جميع ما يخصها من الثمن اما رد
بعض ما يخصها فيما اذا كانت قيمتها اقل من حصتها فلفظ الكتاب ساكت
عنه غير متعرض له لا نفيا ولا اثباتا قوله وقد اعتق المشتري الام فهو
ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن لان الولد كان موجودا في البطن وقت البيع
وبالانفصال صار مقصودا فكان له قسط من الثمن كذا في الحاشية
وفيه نظر لان الولد بمنزلة الوصف للجارية حتى يدخل في بيعها بلا ذكر
ولا يصح استثناؤه من العقد وقد قررنا بان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول كالقبض والاستهلاك

والانفصال من الام ليس من التناول فى شئ فلا يقابله شئ من الثمن
فالاولى ان يقال ان الولد صار مقصودا ههنا باستهلاك البايع بدعوته
الموجبة لحرية الولد من وقت العلوق وهذا الاستهلاك منه كالاستهلاك
قبل القبض من حيث ان البيع ينفسخ بهذا الاستهلاك كما ينفسخ بالاستهلاك
قبل القبض فكان مقصودا بالتناول فيكون له حصة من الثمن كما لو استهلكه
قبل القبض **قوله** وليس اى ثبوت امية الولد للامة من ضروراته
اى من ضرورات ثبوت نسب الولد فان قلت لما لم يكن من ضروراته
وجب ان لا يثبت امية الولد لها اذا ادعى البايع الولد قبل اعتاق المشترى
الام ايضا وليس كذلك فانه اذا ادعاه قبله صحت دعوته وصار الولد ابنه
وصارت الامة ام ولد له وبطل بيعه مع ان فيه ابطال ملك المشترى قلت
صيرورة الام ام ولد من احكام ثبوت نسب الولد وليس من ضروراته
فلو لم يكن من ضروراته لم تصر ام ولد للمدعى مطلقا ولو كان من ضروراته ايضا
صارت ام ولد له مطلقا فاذا كان من احكامه دون ضروراته قلنا متى ادعى
قبل اعتاق الام صارت ام ولد له ومتى ادعى بعد الاعتاق لم تصر ام ولد
له عملا بالامرين هكذا ذكر فى الشرح والاولى ان يقال ان نسب الولد
من المولى انما يوجب امية الولد التى هى عبارة عن ثبوت حق الحرية لها اذا
كانت الام مرقوقة لان محل الاعتاق وتوابعه انما هو المرقوق فاذا كانت
الام حرة عند ثبوت نسب ولدها منه لم يعمل ثبوت نسبه فيها لان الحرة
ليست بمحل لعمله وانما لا تصير الامة ام ولد للمغرور لان الموجب لامية الولد فيها
انما هو انعلاق الولد حرا وولد المغرور ان كان يتعلق حرا فى حق المغرور
فهو يتعلق رقيقا فى حق المستحق حتى تجب قيمته له فلا يظهر هذه الحرية كتابة
فى حق الام فلا تصير ام ولد وبالجملة ان انعلاق الولد حرا انما يوجب امية
الولد اذا كانت الام رقيقة عند الدعوة وكان الولد حرا مطلقا اما اذا كانت
حرة او كان الولد حرا من وجه ورقيقا من وجه فلا يوجب امية الولد للام
قوله وكما فى المستولدة بالنكاح بان قال لامرأة تزوجنى فانى حرة فزوجها
فولدت له ولدا ثم استحقت كذا فى الشرح **فيه نظر** لان هذه الصورة احدى
صورتى ولد المغرور صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فان المغرور من
وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق فلو فرض صورة المستولدة
بالنكاح على هذا الوجه لكان تكرارا فالاولى ان يقال فى صورته انه اذا استولد
امة الغير بنكاح يثبت نسبه منه ولا تصير ام ولد وهكذا ذكرنا الصورة
فى الكافى **قوله** ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت للبايع

من احكامه ولا ...

فى الام

فى الام حق الحرية وفى الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة
لتقدم الحقيقة فى الرعاية على الحق فيبطل الحق بمعارضة الحقيقة ولا يبطل الحقيقة
بمعارضة الحق لئلا يؤدى الى ترجيح المرجوح وترجيح المساوى باطل فترجيح
المرجوح اولى ان يبطل وهذا فيما اعتق المشترى الام ظاهر فاما اذا دبرها فيجب
ان لا يترجح التدبير على الاستيلاد فى الام اذ الثابت بكل من التدبير والاستيلاد
انما هو حق الحرية لا حقيقة العتق بل الاستيلاد اقوى من التدبير لانه يوجب
العتق مجانا والتدبير انما ينفذ مما يخرج من الثلث **قوله** هو الصحيح كما ذكرنا
فى فصل الموت لان البايع لما ادعى الولد فقد اقر بكونها ام ولد له وان عليه رد جميع
الثمن فيعامل معه باقراره وفى المبسوط وهذا قول بعض المشايخ وليس
بصحيح لانا لو جعلنا الجارية ام ولد للبايع يبطل بيعها واعتاقها من المشترى
ويبطل ولاؤه وذلك ممتنع فاذا لم يبطل البيع فكيف يسترد كل الثمن واقراره
بكونها ام ولد له قد بطل بتكذيب الشرع والاقرار متى اتصل التكذيب
به من الشرع يصير وجوده كعدمه الى هنا اشير فى بعض الشروح ويمكن
ان يجاب بان تكذيب الشارع انما يبطل الاقرار فيما صح رجوعه عنه اما فيما
لا يصح الرجوع عنه فلا يبطل اشار الى هذا المعنى فى المبسوط فى موضع اخر
حيث قال وان كان له اى للغلام نسب معروف لا يثبت نسبه منه ويعتق
وهذا بخلاف قوله لامرأته هذه بنتى وهى معروفة النسب من الغير لكونه مكذبا
شرعا ولو اكذب نفسه بان قال غلطت لا يقع الفرقة وان لم يكن لها نسب معروف
فكذلك اذا صار مكذبا شرعا وههنا لو اكذب نفسه فى حق من لا نسب له
كان العتق ثابتا فكذا اذا صار مكذبا فى النسب شرعا هكذا نقل الشارح
من المبسوط فيما تقدم فعلم ان تكذيب الشارع انما يبطل فيما يصح تكذيب نفسه
فيه دون ما لا يصح وامومية الولد مما لا يصح الرجوع عنه كالعتق فلا تقوم
تكذيب الشرع فيها مقام تكذيبه وايضا ذكر فى الذخيرة فى الفصل الثامن
من كتاب الوكالة ان الاقرار انما يبطل بالقضاء بخلافه اذا كان القضاء
بالبينة اما اذا لم يكن القضاء بالبينة فلا الا يرى ان المشترى اذا اقر ان
البايع قد كان اعتق العبد قبل البيع وكذبه البايع فالقاضى يقضى بالثمن
على المشترى للبايع ويحكم بعتق عبد المشترى وحين قضى على المشترى بالثمن
فقد كذبه فى اقراره بعتق العبد وبيع هذا لم يبطل الاقرار بعتق العبد لما لم يكن
التكذيب بالبينة هذا كلامه وههنا ايضا لم يثبت التكذيب من القاضى بالبينة
فيجب ان لا يبطل ذلك الاقرار فيسترد كل الثمن وايضا ذكر فى الكافى فى باب
الرجعة ان الاقرار انما يبطل بتكذيب الشرع اذا لم يتعلق به حق الغير اما اذا تعلق

فلا

الا يرى ان من اقر بعبد لانسان ثم اشتراه ثم استحق من يده ثم وصل اليه
امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا لانه تعلق باقراره حق الغير
وقد تعلق هنا حق المشتري في استرداد كل الثمن عن البايع لاقراره بكونها
ام ولد له فلا يعمل فيه التكذيب ويدل عليه ما ذكر في نوادر هشام قال
عن غلام ادعاه رجلان اقام احدهما بينة انه اشتراه من صاحب اليد بالف
درهم منذ سنة وقام الاخر بينة انه اشتراه منه بمائة دينار منذ خمسة اشهر
وصاحب اليد يقول بعته من صاحب المائة قضى القاضي بالغلام لصاحب
الالف لان وقته اول وسلم العبد اليه ثم وجد به عيبا ورده على المقضي
عليه بقضاء فقال صاحب المائة انا اخذ الغلام لانك اقررت انك
بعته مني وصاحب العبد يابى ويقول القاضي فسخ العقد بيني وبينك
لا يكون فسخا وله ان ياخذ باقرار البايع انه بعته منه فان قال البايع
لصاحب المائة خذ الغلام وابى هو فللبايع ان يلزمه وان قال لصاحب
المائة حين قضى بالغلام لصاحب الالف قد فسخ البيع بيننا لم يكن فسخا
الا ان يقول البايع اجبتك الى ذلك ويفسخ القاضي كذا في الذخيرة
في فصل السادس والعشرين من كتاب الدعوى فمتى كان الاقرار المتصل
به تكذيب الشرع كعدمه مطلقا وجب ان لا يواخذ البايع في هذه
المسئلة باقراره بالبيع من صاحب المائة لان القاضي قد كذبه في هذا
حين قضى بالبيع من صاحب الالف لسبق وقته فظهر ان البيع من صاحب المائة
كان فضوليا وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة وكذا للمشتري منه ان يفسخ
فينبغي ان يصح الفسخ من كل منهما في هذه المسئلة وحيث لم يصح علم ان تكذيب
الشرع لا يبطل الاقرار مطلقا بل اذا لم يتعلق به حق الغير قوله او زوجها
منه ثم كانت الدعوى لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله هذا
مستقيم في الفصول المذكورة سوى فصل التزويج اذ لا منافاة بين التزويج
وكونها ام ولد للبايع فلا يحتاج الى نقض النكاح لصحة
الدعوة كما يحتاج لصحتها الى نقض الرهن لان ام الولد ليست
اراد بالنقض ابطال النفاذ وتزويج ام ولد الغير ان كان يقبل الانعقاد
بلا استطلاع رايه فهو لا ينفذ فلما صحت دعوته وظهر انها ام
الولد لها بطل نفاذ التزويج وان لم يبطل انعقاده وقد يقال انه
من ابن البايع وتزويجها من ابنه يبطل بدعوته وصيرورتها ام ولد له
حيث يظهر انه تزوج موطوءة ابيه فيثبت نسب الاخر وحرية الاصل
فيه ضرورة لانهما توءمان خلقا من ماء واحد فيستحيل ان يكون احدهما حر

والاخر

والاخر رقيقا كذا في الكافي قلت لو باع المولى احد التوامين ثم ادعى ابوه
الذي عنده صارت الجارية ام ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذي
في يد البايع ولا يعتق المبيع لما فيه من اسقاط ملكه الظاهر بخلاف النسب
لانه لا يتضرر به فرق بينه وبين البايع اذا كان هو المدعي بان ثبت دعوة
المشتري وهو العلوق في ملكه فاذا علق احدهما حرا بدليل
موجب على المشتري تعدى الى الذي اعتقه فبطل اعتاقه بعتق فوقه قوله
لان هناك يبطل العتق مقصودا لدعوة البايع قلت لو صحت الدعوة في الولد
الواحد بطل اعتاق المشتري بظهور الحرية الاصلية فيه والعتق يحتمل البطلان
به كما لو برهن المعتق على انه حر الاصل على ان العتق انما يبطل في ضمن ثبوت
نسب البايع لا مقصودا كما يبطل في احد التوامين في ضمن ثبوت نسب الاخر
فكانه اراد ان عتق المشتري في الولد لو بطل لبطل لحق دعوة البايع في المعتق
وانه لا يحتمل البطلان لذلك لان حقه فيه معارض بالحقيقة التي
للمشتري والحق المعارض بالحقيقة ساقط العبرة فاما بطلان عتق المشتري
لحق دعوة البايع في غير المعتق فجايز لانه ليس بمعارض بالحقيقة فلا بد
من اعماله ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر وحرية الاصل فيه وانه يبطل
الاعتاق العارض فمعنى بطلان العتق مقصودا لحق دعوة البايع هو بطلانه
لحق دعوته في المعتق ومعنى بطلانه ضمنا لحق دعوة البايع هو بطلانه
لحق دعوته في غيره ومبنى الفرق على ان حقه في المعتق معارض بالحقيقة
وفي غيره سالم عن معارضته وبعبارة اخرى ان نقض حقيقة العتق
لحق باطل اذ الحق لا يعارض الحقيقة ونقضه لظهور حرية الاصل في المعتق
جايز لان حر الاصل لا يحتمل الاعتاق وفيما اذا كان الولد واحدا لو بطل اعتاق
المشتري فيه بعد دعوة البايع لبطل حقيقة الاعتاق لحق دعوته والحق
لا يعارض الحقيقة واما اذا كان احد التوامين في يد البايع والاخر
قد اعتقه المشتري فاعتاق المشتري هناك لا يبطل لحق الدعوة بل لضرورة
ثبوت حرية الاصل في المعتق والعتق يحتمل البطلان بظهور حرية الاصل
فيه وذلك انه لما وجب اعمال ما للبايع من حق الدعوة في الولد الذي في يده
لانه غير معارض بالحقيقة ثبت فيه نسبه وظهر انه حر الاصل واذا ثبت
حرية الاصل فيه ثبت في الاخر ضرورة ومن ضرورة ثبوت الحرية الاصلية
فيه بطلان عتق المشتري قوله ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت
نسب الولد الذي عنده ولا يثبت نسب الولد الذي باعه كذا في الحاشية
المنسوبة الى مولانا شرف الدين وهو يخالف ما ذكره الشارح نقلا عن الفوايد الظهيرية

اذا لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها تثبت نسبا لولدين من البايع
ايضا لان حكم التوامين لا يختلف في حق ثبوت النسب ويعتق الذي عند
البايع على البايع وعتق المشتري على حاله لا يبطل لان هذه دعوة تحرير
لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك
من يدعيه فصار كان البايع اعتقه وقد نص في الكافي بثبوت نسب
التوامين جميعا في هذه الصورة ويدل عليه ما اذا اشترى الرجل احد
التوامين واشترى ابوه الاخر فادعى الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما
منه ويعتق الذي في يد الاخر ايضا لان المدعي ان كان هو الاب فالابن ملك
اخاه فعتق عليه وان كان المدعي هو الابن فالاب ملك حافده فعتق كذا
ذكر الامام التمرتاشي محالا الى الشافي فلو لم يثبت نسبهما من الذي يدعي
احدهما فيما اذا لم يكن العلوق في ملك المدعي لم يعتقا في هذه الصورة
بدعوة احدهما اذ الابن انما يملك اخاه اذا ثبت نسبهما من المدعي الذي
هو الاب وكذا الاب انما يملك حافده اذا ثبت نسبهما من المدعي الذي
هو الابن فعلم ان ثبوت نسب احد التوامين يوجب ثبوت نسب الاخر منه
وان لم يكن العلوق في ملكه **فان قلت** لا وجه لما ذكر في الحاشية اذ
التوامان لا ينفكان نسبا لانخلاقهما من ماء واحد ولا لما ذكر في الشرح
والكافي اذ لو ثبت نسب البايع فيما باع وجب ان ينفسخ البيع ويبطل الاعتاق
حيث يظهر به انه باع ابنه **اجيب** بان دعوة البايع فيما اذا لم يكن العلوق
في ملكه دعوة تحرير والاصل في هذه الدعوة هو التحرير من حين ملكه اما
النسب فيثبت لضرورة صحة هذه الدعوة في حق التحرير وما ثبت بالضرورة
لا يتعدى الى غيره فلا يتعدى ثبوت نسب من في يده الى المبيع وهذا
هو وجه ما ذكر في الحاشية واما وجه ما ذكر في الشرح والكافي فيقول
ان النسب فيما في يده ان كان يثبت لضرورة صحة الدعوة في حق التحرير
فالثابت بالضرورة يثبت مع لوازمه التي لا ينفك عنها ونسب احد التوامين
يستلزم ثبوت النسب في الاخر لا ينفك عنه ابدا فيثبت نسبه ايضا غير
ان الاعتاق والبيع لا يبطلان لان بطلان البيع والاعتاق ليس من لوازم
ثبوت النسب فلا يظهر في انفساخ البيع وبطلان الاعتاق اما اذا كان
العلوق في ملك البايع فالنسب يثبت من البايع مقصودا فيتعدى الى بطلان
الاعتاق فافترقا ووجه اخر ان العلوق اذا كان في ملك البايع كان
حجة الدعوة وهو اتصال العلوق بملكه يقينا ظاهرة في حق المشتري فيتعدى
اليه فيبطل اعتاقه واذا لم يكن العلوق في ملكه لم يكن للبايع حجة ظاهرة

في حق

في حق المشتري فيعتبر في حقه تحريرا ابتداء ولو حرها البايع احدهما لا يتعدى
الى الاخر ونظيره ما اذا باع احد التوامين ثم ادعاهما اب البايع وكذبه البايع
والمشتري صارت الجارية ام ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذي في يد
البايع ولم يعتق المبيع لما فيه من ابطال ملكه الظاهر بخلاف النسب لانه
لا يتضرر به فرق بينه وبين ما اذا كان البايع هو المدعي وكان العلوق
في ملكه بان سبب دعوة البايع ثابت في حق المشتري وهو العلوق في ملكه
فاذا علق احدهما حرا بدليل هو حجة على المشتري تعدى الى الذي اعتقه فيبطل
اعتاقه بعتق فوقه وهنا حجة الاب حق التملك وهو ثابت في حق البايع
دون المشتري فجعل في حق المشتري كتحرير مبتدا لعدم الحجة في حقه واحد
التوامين ينفرد عن الاخر في التحرير المبتدأ كذا في الكافي ولكنه يشكل بان
الدعوة التي لا حجة فيها للداعي على المشتري اذا لم تظهر في حق المشتري في ابطال
ما يتعلق به حقه لزم ان لا يبطل البيع وملك المشتري فيما اذا باع احد التوامين
الذين لم يعلقا في ملكه ولم يعتقه المشتري حتى ادعى البايع الذي في يديه كما
لا يبطل البيع والملك في مسئلة دعوة اب البايع وغاية ما يمكن ان يقال
ان حق الدعوة للمالك والعلوق في ملكه اقوى منه والعلوق ليس في ملكه
ثم حق الدعوة للمالك بحكم الملك اقوى من حق الدعوة بحق التملك للاب فيظهر
حق الدعوة من جهة وهو العلوق في ملكه في بطلان الاعتاق والبيع والملك
ومن غير جهة يظهر فيما يحتمل البطلان بعد الثبوت وهو البيع ولا يظهر في الاعتاق
الذي لا يحتمل النقض واما الدعوة بحق التملك فلا يظهر في شيء من ذلك
ويمكن ان يحمل ما ذكر في الحاشية على انه لا يثبت نسب الاخر ثبوتا مطلقا
بحيث لا يظهر في بطلان البيع واعتاق المشتري فيوافق ما في الكتب من ثبوت
نسب التوامين جميعا من البايع في هذه الصورة ولكن ما في الحاشية العو صحيح
المكتوبة عند قوله فيقتصر على محل ولايته وهو الذي في يد البايع فيثبت نسب
الولد الذي عنده ولا يثبت نسب الذي باعه هذا لفظها فقوله يثبت
نسب الذي عنده ولا يثبت نسب الذي باعه تصريح بان نسب البايع انما
يثبت في الذي عنده دون الذي باعه والله اعلم **قوله** لان هذه دعوة تحرير
لان اصل العلوق لما لم يكن في ملك البايع كانت دعوته دعوة التحرير فكان
قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر والتوامان ينفصل احدهما عن الاخر
في الاعتاق وليس من ضرورة عتق احدهما بدعوة البايع ابطال البيع وابطال
عتق المشتري في الاخر كذا في الشرح **وفيه نظر** لان قوله هذا ابني اذا كان
مجازا لقوله هذا حر ينبغي ان لا يثبت نسب البايع في واحد من التوامين

كما لو قال هذا حر والمسئلة بخلافه لما ذكرنا ان نسب الولد ين يثبت من كبا يع
وبالجملة فان النسب كما يثبت فى دعوة الاستيلاد يثبت فى دعوة التحرير
ايضا الا يرى انه لو جاءت الجارية المبيعة بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم
بيعت فادعاه المشترى ثبت نسبه حتى لو ادعاه البايع بعد ذلك بطلت دعوته
مع ان دعوة المشترى دعوة تحرير لعدم اتصال العلوق بملكه فلو كان
قوله هذا ابنى فى دعوة التحرير مجازا عن هذا حر لم يثبت فيها النسب
من المدعى وحيث يثبت علم انه على حقيقته فكانه اراد
المجاز عن هذا حر لان الثابت به الحرية الظاهرية
حين ملك كما انه لو كان عنه لكان على الرق لانه
مجاز حقيقة **قوله** ثم قال هو ابنى انى بثم لانه لو قال ذلك متصلا
فهو ابن المقر اشار اليه فى الكافى فى اول المتفرقات من كتاب الاقرار
حيث قال قال احد سيدى طفل لا يعبر عن نفسه هو ابنى وابنك
ووصل وعكس او ابننا يثبت نسبه من المقر صدقه شريكه او كذبه
لانه لما قال هو ابنى ثبت نسبه منه لعدم المانع من النفاذ وقيام الولاية
عليه وكذا اذا عكس لانه ذكر فى اخر كلامه ما يغير اوله فيجعل الكل
كلاما واحدا كما فى الشرط وصار كانه قال هو ابننا فيثبت النسب
منه ولا يثبت من الاخر وكذا لو فصل بالسكوت وبدا بنفسه وهذا
ظاهر ولو بدا بشريكه ثبت من شريكه وان كذبه شريكه لا يثبت من احد
عند ابى حنيفة رضى الله عنه وعندهما يثبت من المقر اصله انه اذا
اقر بنسب ولد امته من عبده وكذبه العبد ثم ادعى لنفسه لا يصح عنده
خلافا لهما هذا كلامه ولقائل ان يقول ان الاقرار لنفسه بعد
الاقرار لشريكه ابطال لاقراره لشريكه لتعذر الجمع بين الاقرارين
اذ النسب لا يحتمل الشركة فاذا ثبت احدهما بطل الاخر وكذا يبطل
بالثانى ما ثبت للاول من حق التصديق والابطال لا يكون بيانا
واول الكلام يتوقف على ما سياتى فلا يصح وان كان موصولا فينبغى
ان لا يثبت النسب من المقر فيما اذا قال هو ابنك وابنى **قوله** وبخلاف ما
اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه
وهذا التعليل لا يكاد يستقيم فيما اذا كان المقر له ميتا لعدم احتمال
التصديق منه مع انه لو اقر لميت ثم ادعى لنفسه لا يصح دعوته بالاجماع
فالاولى فى التعليل ان يقال انه اذا لم يصدقه ولم يكذبه لم يرتد اقراره

بل بقى

بل بقى صحيحا اذ صحة الاقرار لا يتوقف على القبول وان كان يرتد بالرد
فاذا كان الاقرار صحيحا غير مردود لم يصح دعوة المقر بعد ذلك ثم قد يشكل
بين ولد الملاعنة والولد الذى تعلق عند البايع بيقين من حيث ان ولد
الملاعنة لا يثبت نسبه من غيره لما ان للملاعن ان يكذب نفسه فيثبت النسب
منه والولد المتعلق فى ملك البايع يثبت نسبه من المشترى بدعوته مع ان
للبايع ان يدعى نسبه فيثبت منه كما ان للملاعن ان يكذب نفسه بالدعوة
فيثبت النسب منه ووجه الفرق ان المشترى كالبايع من حيث ان له
حق دعوة التحرير كما ان للبايع حق دعوة الاستيلاد فلا يجوز ابطال
احد الحقين بالاخر فايهما تقدم دعوته يثبت النسب منه لعدم المزاحم
اذ الحق لا يزاحم الحقيقة ومتى ادعى المشترى يثبت نسبه منه حقيقة فلا يعارضه
ما للبايع من حق الدعوة بخلاف غير الملاعن فانه لم يثبت له حق الدعوة
كما يثبت للملاعن لوجود العلوق فى فراشه وعدمه فى فراش غيره **قوله**
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد اى لا يلتحق بالعدم فيبقى الاقرار بالنسب
فى حق صحة التصديق **فان قلت** فكيف يعمل فيه الاكراه والهزل وهما لا يعملان
فيما لا يرتد بالرد **قلت** بانهما لا يعملان فى رد الاقرار بالنسب بعد ثبوته
بل فى منع صحة الاقرار وذلك ان صحة الاقرار باعتبار وقوعه دلالة
على وجود المخبر به والاكراه والهزل يدلان على عدم المخبر به فيمنعان صحة
الاقرار لا انهما يبطلانه بعد وقوعه صحيحا ثم الدليل على ان الاقرار
بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد ان المشترى اذا اقر ان البايع كان اعتق
ما باع وكذبه البايع فانه لا يبطل ذلك ولكن يعتق على المقر كما فى الكافى
واستدل فى بعض الحواشى بما اذا اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى
لا يبطل اقراره حتى لو اشترى بعد ذلك يعتق عليه **وفيه نظر** لان المكذب
فى مسئلتنا هو المقر له وفى مسئلة الشراء هو من وقع الاقرار عليه دون
المقر له وجاز ان يبطل الاقرار بتكذيب من وقع له لانه حقه فيبطل بابطاله
ولا يبطل بتكذيب غيره لعدم تمكنه من ابطال حق الغير فانى يتقاربان
قوله كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه
قلت هذا يشعر بانه لا خلاف فى هذه المسئلة وذكر فى الذخيرة ما يدل
على انه على الاختلاف ايضا حيث قال واما اذا كذبه المقر له ثم ادعاه
لنفسه قال ابو يوسف ومحمد يصح دعوته لان اقراره قد بطل بتكذيب المقر له
فالتحق بالعدم وقال ابو حنيفة لا يصح لان تحت اقراره شيئين ثبوت النسب
من المقر له وخروجه عن دعوى هذا النسب تكذيب المقر له يبطل ثبوت النسب

لا يخرج به عن دعواه وعلى هذا اذا ادعت امرأة على رجل انه تزوجها وان
هذا الصبي الذي في يدها منه فشهد رجلان على الزوج فردت شهادتهما ثم
ثم ان احد الشاهدين ادعى ذلك الصبي لنفسه لا يصح دعوته عند ابي حنيفة رضي الله عنه
هذا كلامه ولكن خروجه عن دعوى النسب باقرار للغير لا ينبو على نفيه
عن نفسه صريحا ولو نفاه ثم ادعاه صحت دعوته لان مبناها على الخفاء وكثيرا ما
في مثله عفو قوله وهذا لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار حتى لو صدقه
بعد التكذيب ثبت النسب منه قلت قوله في تخريج صاحبيه بخلاف ما
اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
اشارة الى ان المقر له اذا كذب لا يبقى له حق التصديق والا لم يتم هذا
الفرق على قولهما فيكون بقاء حق التصديق بعدما كذب عين النزاع
فلا يصلح دليلا قوله وكذا تعلق به حق الولد قلت الرواية منصوصة
في حاشية البزدوي في بحث الحقيقة والمجاز ان الرجوع عن النسب قبل
تصديق المقر له صحيح مع ان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه فكذا
يجب ان يصح رد الاقرار وان كان فيه ابطال حق الولد على اعتبار تصديقه
وذلك ان النسب حق المقر كما هو حق الولد فيجوز له ان يبطل حقه وان كان
فيه ابطال حق الولد ضمنا وايضا لو تعلق به حق المقر له وحق الولد وكان
دعوته لنفسه ابطالا لذلك الحق وجب ان لا يصح دعوته لنفسه متصلا ايضا
بان قال هو ابنك وابني وليس كذلك كما ذكرنا قوله ولو سلم فالولاء
قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وصورته
معتقة جاءت بولد لستة اشهر من وقت الاعتاق او اكثر وابوه عبد
كان ولاء الولد لموالي الام ثم اذا اعتق الاب جر ولاءه الى مواليه وفيه
بحث وذلك ان الولاء انما يحتمل الانتقال باعتراض الاقوى اذا ثبت
باعتاق ضمني كما في الصورة المذكورة واما اذا ثبت باعتاق قصدي فالولاء
لا يتحول الى قوم الاب ابدا ونظيره ما اذا جاءت المعتقة بولد من عبد لاقل
من ستة اشهر من وقت الاعتاق كان ولاؤه لمواليها ثم اذا اعتق الاب لم ينتقل
ولاؤه الى موالي الاب لانه معتق باعتاق قصدي اذ اضافة الاعتاق
الى الام اضافة الى جميع اجزائها والولد من اجزائها فكان الاعتاق
مصادفا له قصدا بخلاف ما اذا جاءت بالولد لستة اشهر او اكثر لعدم تيقن
العلوق وقت الاعتاق فيعتق تبعا للام لا مقصودا فيتحول الولاء الى قوم
الاب اذا اعتق والكلام هنا في الاعتاق القصدي حيث قال المشتري
للبايع انت اعتقته فكذبه البايع ثم قال انا اعتقته وولاء الاعتاق بعد

لا يحتمل الانتقال وانما يحتمله اذا كان الاعتاق ضمنيا لا مقصودا والله اعلم
قوله ولا تعارض اي بين الدعويين اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز
ان يكون عبدا للواحد وابنا للاخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام كذا في الكافي
قلت متى جاز ان يكون عبدا للواحد وابنا للاخر لزم ان يجعل الغلام في مسئلتنا
هذه عبدا للمسلم وابنا للنصراني لامكان ذلك ولكنهم لم يجعلوه الا ابنا
للنصراني حرا لان نظر الصبي في هذا اوفر فعلم ان التدافع بين الدعويين
متحقق وان انتفاء التعارض انما هو باعتبار ان النظر في جعله ابنا
للنصراني اوفر كما ذكره الشارح لا باعتبار انه لا تدافع بين الدعويين
وان احدهما لا ينافي الاخر كما ذكر في الكافي وذلك انه وان امكن
ان يكون الصبي عبدا لرجل وابنا للاخر لكن ذلك لا يمكن ههنا اعتبار
قول كل من المسلم والنصراني لانه لو جعل عبدا للمسلم لم يصح دعوة النصراني
فيه الا بتصديق المسلم الذي هو مولاه لان للمولى حق الدعوة في مملوكه
اما دعوة الاستيلاد ان كان العلوق في ملكه او دعوة التحرير ان لم يكن
ومتى كان لرجل حق الدعوة في صبي لا يصح دعوة غيره الا بتصديقه ولو جعل
ابنا للنصراني لم يصح جعله عبدا للمسلم الا بالبينة والا لزم ان يتمكن من انتزاعه
من يده بلا حجة على ان جعله ابنا له بلا تصديق
لجعله عبدا للمسلم وابنا للنصراني بقولهما متعذر فلا بد وان يجعل القول
لاحدهما لا غير الا ان اعتبار قول النصراني انظر في حق الصبي فقدمنا
قوله ورجحناه على قول المسلم ولم نرجح بالاسلام لانه يقتضي التعارض ولا
تعارض لثبوت رجحان احدهما والترجيح بالاسلام يقتضي قيام التعارض
وعدم الترجيح بوجه اخر قوله وان لم تكن منكوحة ولا معتدة فالولد يثبت
النسب منها هذا ترجيحا للاسلام فان قلت لو ان غلاما نصرانيا قد احتلم
ادعى على رجل نصراني وامرأة نصرانية انه ابنهما وادعى مسلم ومسلمة انه
ابنهما واقام كل من الطرفين بينة فبينة الغلام اولى ولم يترجح بينة المسلمين
بالاسلام مهما قلت انما رجحنا بينة الغلام لان البينتين استويا في الاثبات
فان كلا منهما يثبت النسب بفراش النكاح الا ان بينة الغلام تثبت
حق نفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد لا للوالدين لان الولد يتعير
اذا لم يكن له والد والوالد لا يتعير اذا لم يكن له ولد وبينة من يثبت الحق
لنفسه اولى بالقبول لانه اشبه المدعيين قال عليه السلام البينة على المدعي
فان جنس البينات على المدعي ومن كان اشبه به كان اولى بالقبول
وايضا الرجلان اذا ادعيا الشرى من واحد ومع احدهما قبض فهو اولى

فكذلك هنا بينة الغلام اولى لانه صاحب يد كذا ذكر في الشرح **قلت**
ثبوت النسب من الجانبين يتضمن فوايد جمة لا تحصى منها دفع العار
فان لم يكن هذه المنفعة في جانب الوالد فله منافع اخر يحتاج في جلبها
الى نفسه الى البينة وكما ان دفع العار يختص بالولد فزيادة المحبة والشفقة
تختص بالوالد على ما لا يخفى وبينة ذي اليد انما تترجح لان اليد دليل تقدم
شرائه والسابق من الشرائين اولى ولا يخفى ان يد الغلام لا تدل
على سبق نسبه من النصرانيين لتترجح بينته كما ترجح بينة ذي اليد في
الشراء فالاولى ان يقال ان البينات وضعت لاثبات ما ليس بثابت
فكلما كان المدعي خلاف الظاهر كانت البينة اقوى اثباتا واحق كانت
احق بالقبول الا ترى ان البينة على فساد العقد ارجح من البينة على صحته
فيجب ان يكون البينة بينة من لا يقبل قوله لانه تثبت ما لا يثبت بقوله
فكانت اقوى في الاثبات وبينة المسلمين تثبت ما فيه القول للمسلمين
لرجحان الاسلام وبينة الغلام تثبت ما لا يقبل قوله فيه فكانت اقوى
من بينة المسلمين لان بينة ما لا يقبل قوله كبينة الخارج وبينة
ما يقبل قوله كبينة ذي اليد وبالجملة انه لا يلزم من قبول دعوى المسلم
ترجيحا للاسلام قبول بينته وترجيح بينته على بينة الكافر **قوله**
وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها هنا بشيرالي انها
لو كانت منكوحة لا يثبت النسب منها ايضا كما لا يثبت من زوجها وذكر
في المحيط ان المرأة اذا كانت ذات زوج فاقرارها معتبر فيما بينها
وبين المقر له حتى انها اذا ماتت وليس لها وارث سوى هذا المقر له
يكون ميراثها له وفي الذخيرة في الفصل الرابع والعشرين من كتاب
السير ادعت امرأة من السبي صبيا تحمله وهو لا يعبر عن نفسه او يعبر
الا انه صدقها لا يصح دعواها ولا يثبت نسبه منها ولو ماتت المدعية
او الصغير بعد ما اعتقا لا يتوارثان وذكر في بعض روايات كتاب الدعوى
يتوارثان الا ان يكون لهما نسب معروف فقيل ما ذكرههنا محمول
على ما اذا كان لهما وارث معروف وانهما يتوارثان اذا لم يكن لهما
وارث معروف لان كلا اقر لصاحبه بالميراث والنسب وليس
اقرارهما في حق الميراث ابطال حق على احد اذا لم يكن لهما وارث معروف
فيعتبر بخلاف ما اذا كان لان فيه ابطال حقه وقيل في المسئلة روايتان
ووجه ما ذكرهنا ان الاقرار بالمال هنا انما يثبت في ضمن الاقرار بالنسب
فاذا لم يثبت المتضمن وهو النسب لم يثبت المتضمن وهو المال وفيه ايضا

في الفصل السابع من كتاب الدعوى ذكر في الجامع ان اقرار المرأة بالولد
جائز وذكر في دعوى الاصل انه باطل لان النسب من الاب فيكون تحميلا
عليه حكي عن الامام فخر الاسلام ان ما ذكر في الجامع محمول على ما
اذا لم يكن لها زوج معروف فصار اقرارها منصرفا الى الزنا فصار
عليها خاصة وما في الاصل محمول على ما اذا كان لها زوج معروف
فيكون تحميلا عليه ومنهم من قال في المسئلة روايتان **قوله** وولد
المغرور حر باجماع الصحابة اي حر بالعوض باجماع الصحابة رضي الله عنهم
فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه قضى على اب الولد ان يفدي
اولاده بالغلام والجارية بالجارية اي الغلام بقيمة الغلام والجارية
بقيمة الجارية فاذا كان المراد الحرية بالعوض صلح قوله وولد المغرور
حر باجماع الصحابة دليلا على كونه حرا بالقيمة **قوله** رقيقا في حق معتقه
فان قلت اذا كان الولد رقيقا في حق المستحق وجب ان يعتق عليه
اذا كان المستحق ذا رحم محرم منه وكذا يجب ان يكون ولاؤه للمستحق
والمسئلة بخلافه **اجيب** بان ولد المغرور حر في حق غير المستحق
في جميع الاحكام وفي حق المستحق رقيق في حق الضمان حر في حق ما سواه
فلا يظهر في حق الولاء وعتق المحرم لان الولاء والعتق ليسا من الضمان
في شيء **قوله** فلا يضمنه الا بالمنع **فان قلت** اذا احرز العدو ام
ولد مسلم او مكاتبته او مدبرته بدارهم فاستولدها ثم اسلم او صار
له ذمة ردت الى مولاها لانها لا تملك بالسبي ويكون ولدها حرا
ثابت النسب من المستولد لانه وطئها بشبهة الملك فكان كولد المغرور
وهو حر ثابت النسب ولا قيمة عليه وان استهلكه على المولى بالغرور
لانه حال الوطي محارب وذا يمنع وجوب الضمان باستهلاك سائر اجزائها
حقيقة فكذا باستهلاك هذا الجزء فلو كان الضمان باعتبار المنع
والمنع انما يوجد يوم الخصومة لوجب الضمان على المستولد لانه يوم
الخصومة مسلم او ذمي فيمكن ايجاب الضمان عليه **فجوابه** ان الضمان
ان كان يجب بالمنع ولكن المنع انما يتحقق بعد الخصومة بالحرية والحرية
سابقة لانه ينعلق حرا من جهة المستولد فيكون مانعا للولد من المستحق
بعد الخصومة مستندا الى وقت الانعلاق لاستناد المنع اليه والمستولد
في هذه المسئلة حربي عند الانعلاق ومنع الحربي لا يوجب الضمان
فيكون ولده حرا بلا ضمان ثم الثابت بالاستناد مقتصر من وجه
على ما عرف فاعتبر يوم الوطي في وجوب اصل الضمان ويوم الخصومة

في اعتبار مقداره عملا بجهتي الاستناد والاقتصار **فان قلت** اذا كان الضمان
بالمنع وجب ان لا يجب عليه الضمان اذا استولد ام ولد الغير اذ ولد ام
الولد لا يضمن بالمنع حتى لو غصب ام ولد الغير فولدت عنده ومنع الغاصب
الولد من المولى لا يضمن والقيمة كما تجب في ولد القنة تجب في ولد ام
الولد ايضا **اجيب** بان القياس ان لا يجب الضمان في ولد ام الولد
عند ابي حنيفة غير انا اوجبنا الضمان فيه باجماعهم على حرية ولد المغرور
بالقيمة من غير تفصيل بين ولد القنة وغيرها **وفيه نظر** لان القيمة
لا يجب على المغرور في مسئلة العدق التي ذكرنا لقيام الدليل على عدم
وجوبه فعلم ان اجماعهم على وجوب القيمة مقيد بما اذا لم يمنع مانع
عن ايجابها والمانع في ولد ام الولد موجود وهو عدم تقومها ولتقوم
شرط لوجوب الضمان على ان هذا الاجماع لا يمكن اجراه على الاطلاق
عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان المستولد لو كان عبدا ثم استحقت
يكون ولده رقيقا فالجواب بان ضمان الولد هنا ضمان احتباس المالية
عنه بالحرية وام الولد متقومة في هذا الضمان عند ابي حنيفة رح ايضا
حتى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت يجب عليها قيمتها لاحتباس ماليتها
عندها او نقول مثل هذا الضمان لا يحتاج عنده الى التقوم بل يكفيه
كونها محترمة على ما اشار اليه المصنف رح في العتاق حيث قال
في مسئلة اسلام ام ولد النصراني ولان ام الولد ان لم تكن متقومة
فهي محترمة وهو يكفي لايجاب الضمان فمتى كان هذا الضمان لا يحتاج
الى التقوم ويكفيه الاحترام وجب ضمان ولد ام الولد في صورة الغرور
غير انه يجب على المغرور لان احتباس ماليته بالحرية جاء من قبل المستولد
فيجب الضمان عليه نعم لفظ الكافي هنا مشكل حيث قال وانما اوجبنا
القيمة يوم الخصومة لان الولد من زوايد الغصب وزوايد الغصب
انما تضمن بالمنع كولد المغصوبة هذا كلامه فقد نص بان ولد المستولدة
اذا استحقت من زوايد الغصب فيجب ان لا يجب عليه قيمة ولد ام الولد
لانها لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح وقد ذكرنا انه لا فرق بين ولد
ام الولد والقنة في باب الغرور والله اعلم **قوله** فلهذا يعتبر
قيمته يوم الخصومة **فان قلت** المكاتب اذا وطئ جارية مكاتبه فولدت
منه يغرم قيمته يوم الولادة وان كان المكاتب مغرورا **قلت** انه
ليس بمغرور اذ المغرور من غره غيره ولم يغره احد ولان الولد كما ولد
يحكم بحريته فيوجد المنع فيكون وقت الولادة وقت المنع كذا في الشاهان

وفي الجوابين نظر اما في الاول فلان المغرور والمغتر المعتمد على الدليل
سواء في هذا الباب لاستوائهما في العلة فان كل واحد منهما لم يرض
برق مائه غير ان المغتر لا يرجع بقيمة الولد على احد والمغرور يرجع على الغار
على ان صاحب الذخيرة صرح بان المولى يصير مغرورا في جارية المكاتب
حيث قال ان المولى يصير مغرورا في جارية المكاتب لما له فيها من حق
الملك لان له سببا للملك في اكساب المكاتب وهو ملك رقبته فعلم
ان حق الملك يكفي لتحقق الغرور هذا لفظه فعلم ان المغرور هو من
غره غيره او اعتمد على دليل من الملك او حق الملك واما في الثاني فلان
ولد المغرور محكوم عليه بالحرية بمجرد الولادة في جميع المواضع غير ان
المنع بالحرية انما يتحقق بعد الطلب اذ لا منع يتصور قبله بل الجواب
ان المولى بوطئ جارية المكاتب يصير كالقاتل لولدها في حق المكاتب
لانه لما وطئها مع العلم بان المكاتب احق باجزائها وان هذا الجزء وهو
الولد يصير ممنوعا عن المكاتب بمجرد الولادة حيث ينعلق حرا لما له
في اكسابه حق الملك فكانه يصير مهلكا للولد في حق المكاتب بالوطئ
فيعتبر قيمته يوم الهلاك وهو الولادة كما يعتبر قيمته يوم القتل لو قتله
الاب **قوله** فاخذ ديته قيد به لانه ان لم يقبض شيئا من ديته
لا يقضى عليه بقيمته لانه لم يسلم له الولد بنفسه ولا ببدله فلم يصر
مانعا الولد لا بنفسه ولا بمنع بدله وان قبض من الدية قدر قيمة الولد
يقضى عليه بقيمته لان الولد رقيق في حق المستحق وانما يشترط لايجاب
الضمان على المستولد للمستحق ان يسلم له بدله رقيقا وقد سلم له ذلك
متى قبض قدر قيمته كذا في الذخيرة فعلى هذا لو قال واخذ قدر قيمته
من ديته لكان اولى لان الشرط هو اخذ قدر قيمته لا اخذ الدية
بتمامها **قوله** فيغرم قيمته ولكن يضمن قيمة يوم القتل وكان ينبغي
ان يضمن قيمته يوم الخصومة لان المنع بعد الطلب انما يتحقق يوم
الخصومة ومنع البدل كمنع المبدل ولكن ايجاب القيمة يوم الخصومة
متعذر لانه لا قيمة للولد فيه لانه ميت والميت لا قيمة له فاعتبرنا
قيمته في اخر يوم يمكن تقومه اذا منع المبدل وذلك يوم القتل
بخلاف ما اذا كان الولد قايما لان قيمته يمكن يوم الخصومة كذا في الذخيرة
وقد يشكل بما اذا غصب مثليا فهلك وانقطع المثل حيث يجب عند
ابي حنيفة قيمة يوم الخصومة لا يوم الانقطاع ولا فرق بين موت الولد
وهلاك المثلي يوضحه انه يمكن لنا تقوم الهلاك والميت يوم الخصومة

على تقدير كونه حيا يعني ان مثل هذا الغلام لو كان حيا كم يكون قيمته

كتاب الاقرار

قوله اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق يعني ان الاقرار ليس بتمليك مبتدأ الا يرى ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه صح اقراره حتى لو ملكه المقر يوما يؤمر بالتسليم الى المقر له ولو كان تمليكا لم يصح لانه لا يملك تمليك ما ليس بمملوكه ولان الاقرار بالخمر للمسلم يصح ويؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا لم يصح ولان المريض الذي عليه دين اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح ولا يتوقف على اجازة الوارث ولو كان تمليكا لا ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم الاجازة ولان العبد المأذون اذا اقر لغيره بعين في يده صح ولو كان الاقرار تمليكا لكان تبرعا من العبد وانه لا يجوز منه في الكثير كذا ذكر في الشرح قوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره وثلاث المرأة باعترافها قال الشارح كون الاقرار حجة في الحدود التي تندرء بالشبهات دليل على كونه حجة فيما لا يندرء بها يعني احتمال الكذب لما لم يعتبر فيما يندرء بالشبهة فاولى ان لا يعتبر فيما لا يندرء بها وقد يقال لا يلزم من عدم اعتبار احتمال الكذب فيما يؤدي اقراره الى هلاك النفس عدم اعتباره فيما يؤدي الى هلاك المال لان احتمال الكذب على النفس ابعد من احتماله على المال اذ المال لكونه وقاية النفس تابع لها وايضا الاقرار مرة او مرتين او ثلاث مرات ليس بموجب في الزنا انما الموجب هو الاقرار مرة رابعة وفي ساير المواضع الاقرار مرة موجب فكيف يصح الاستدلال باعتبار الاقرار مرة رابعة على اعتباره مرة واحدة وكيف يصح التمسك باعتبار الاقرار المؤكد بتأكيدات على اعتباره غير مؤكد قوله وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه بخلاف البينة لانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى الى الكل كذا في الكافي وانه مشكل لما مر ان القاضي لو قضى بالنتاج لذي اليد بعدما اقام البينة عليه واقامها الخارج ايضا ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيد ذو اليد البينة على النتاج لان بينة ذي اليد ما قامت على هذا المدعي وانما قامت على الاول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية فهذا اشارة الى ان البينة انما تصير حجة على المدعى عليه دون غيره وانه لا تتعدى الى غيره اصلا فقوله فيتعدى الى الكل يحتاج الى مزيد تأمل فكأنه اراد انه يتعدى الى كل من يستلزم ثبوت الحق لرجل ثبوته في حقه كثبوت الرق في حق رجل يستلزم ثبوته

في امهات اولاده ومدبريه ومكاتبيه فان الرق في حقه اذا ثبت بالاقرار اقتصر عليه ولم يتعد الى هؤلاء المذكورين واذا ثبت بالبينة تعدى الى هؤلاء ايضا بخلاف القضاء على رجل بالنتاج او بالملك المطلق لا يستلزم ثبوته لغيره فسواء ثبت ذلك بالبينة او بالاقرار لم يتعد الى غيره ووجه آخر ذكرناه عند قوله ان البينة حجة مطلقة فعليك به قوله وشرط الحرية ليصح الاقرار مطلقا كأنه اراد بصحة الاقرار مطلقا هو ان يؤاخذ به في الحال والا فاقرار العبد ايضا صحيح في حق نفسه مطلقا حتى يؤاخذ به بعد عتقه قوله لانه مسلط عليه من جهته لانه سلطه على التجارة ولا يتهيأ له التجارة الا بصحة اقراره فان الناس لو علموا ان اقراره ليس بمعتبر لم يبايعوه حيث لا يمكنهم الاشهاد في كل تجارة ولان التاجر يلتزم حقوق الناس فلو لم يصح اقراره لضاع حقوق الناس وصار حقوقهم واجبة فقلنا بصحة اقراره احياء لحقوقهم وتمكينا له من الخروج عن عهدة حقوقهم قوله لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية يقتضي كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية كذا وجدت بخط شيخي رحمة الله عليه كذا في الشرح قلت لو كان العبد في التكاليف مبقى على اصل الحرية لوجب على العبد كل ما وجب على الحر وليس كذلك فان الجمعة والحج والجهاد فرض على الحر وليس بفرض على العبد فعلم ان التكليف ليس من خواص الآدمية بل من خواص كونه آدميا مالكا لمنافعه وقواه والعبد وان كان آدميا فمنافعه ملك لمولاه ولهذا كان له ان يستخدمه فيما شاء كان القياس ان لا يجب عليه الصوم والصلوة ايضا لان وجوب العبادة يستدعي القدرة ولا قدرة عليها الا بكونه مالكا لمنافعه حتى يتمكن من ان يصرف منافعه الى العبادة والعبد مملوك ذاتا ومنفعة الا ان الشرع استثنى منافعه التي يتمكن بها من اداء الصوم والصلوة وابقاها في ملكه بخلاف غيرهما من العبادات فالاولى ان يقال ان الحد والدم يتعلق بحيوته وانه في حق الحيوة مبقى على الحرية حتى لا يتمكن المولى من قتله فينفذ اقراره فيما هو خالص حقه والله اعلم قوله لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام فان قلت يشكل بما اذا كان صبي يعبر عن نفسه اي يعقل ما يقول في يد رجل فقال انا عبد لفلان لغير ذي اليد وقال الذي في يده هو عبدي فهو عبد للذي في يده لانه متى اقر على نفسه بالرق فقد اقر بسقوط اعتبار يده فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول للذي اليد انه له ولا تقطع يده

الا بحجة وشهادة العبد ليست بحجة كذا ذكر في الكافي في فصل قبيل باب
دعوى ثبوت النسب فقد صح اقرار الصبي في هذه المسئلة بالرق مع انه
من المضار وما قيل في الكافي في جوابه من ان ثبوت الرق هنا بدعوى
ذي اليد لانه لا يد له على نفسه فكان بيد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا
فيكون القول قوله انه ملكه وهو بمنزلة الثوب والبهيمة ففيه نظر
لان نفاذ قول ذي اليد عليه باعتبار بطلان يده وظهور يد صاحب اليد
عليه ولا يخفى ان ذلك ليس الا باقراره بالرق وثبوته لولاه لم يبطل
يده على نفسه ولم يظهر يد غيره عليه ولو لم يقبل قول صاحب اليد عليه
فكان قبول قول ذي اليد انه ملكه مبنيا على ظهور يده عليه وظهوره
على سقوط يد نفسه وسقوطه على ثبوت الرق فيه اذ الصبي العاقل الحر
في يد نفسه فلو كان ثبوت الرق فيه بقول ذي اليد لزم الدور فعلم ان
ثبوت الرق فيه باقرار الصبي به وانه مشكل لانه ليس باهل للاقرار
الضار قوله لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن فان اقراره جايز بدين لزمه
او بوديعة او بعارية او مضاربة او غصب ولا يصح اقراره بالمهر والجناية
والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال
والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن
تجارة مطلقة كذا في الكافي قلت اعتبر الكفالة هنا تبرعا حتى لم يجوز
الاقرار بها من الصبي والماذون واعتبره معاوضة في حق شريكي المعاوضة
حتى لو كفل احدهما بامر المكفول عنه لزم صاحبه لكونها معاوضة ولو
اعتبرت تبرعا لم يلزم لان تبرع احدهما لا يلزم صاحبه قوله والاقرار
اخبار عن ثبوت الحق فيصح فان قلت الشهادة ايضا اخبار عن ثبوت
الحق للمدعي مع ان جهالة المشهود به تمنع صحتها قلت الشهادة لم تجعل
حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا رايت مثل الشمس فاشهد
والا فدع فمع الجهل لا حاجة الى ادائها بل هو ممنوع عن ادائه فاما من
عليه الحق فيحتاج الى اظهار ما عليه باقراره معلوما كان او مجهولا فقد يعلم
اصل الحق ويجهل قدر الواجب وصفته ولان الشهادة لا توجب حقا
الا بانضمام القضاء اليها والقاضي لا يتمكن من القضاء الا بالمعلوم
اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به فاذا حصل بالمجهول
امكن ازالة الجهالة بالاجبار على البيان ولهذا لا يعمل الرجوع عن الاقرار
ويصح الرجوع عن الشهادة قبل اتصال القضاء بها كذا ذكر الشارح قوله

لان

لان المجهول لا يصلح مستحقا هذا التعليل لا يفرق بين ان يكون جهالة المقر له
متفاحشة نحو ان يقول هذا لواحد من الناس وغير متفاحشة بان يقول
هذا لاحد هذين الرجلين لان كلا من المجهول بجهالة متفاحشة والمجهول
بجهالة غير متفاحشة لا يصلح مستحقا يدل عليه انه اذا قطع رجل يد عبد
او جرحه ثم اعتقه مولاه ثم سرى الى النفس ومات منه لا يجب بعد العتق
شيء اي لا يجب دية العبد ولا قيمته للمولى لاشتباه من له الحق لان
المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال السراية العبد لحريته فجهالة
المستحق في هذه المسئلة يسيرة اذ الحق داير بين العبد والمولى دون غيرهما
فصار كالاقرار لاحد هذين مع انه منع الاستحقاق فعلم ان الجهالة اليسيرة
كالمتفاحشة ولكن ذكر في الذخيرة ان جهالة المقر له انما تمنع صحة الاقرار
اذا كانت متفاحشة اما اذا لم تكن متفاحشة فلا فيحتاج الى ان يحلف
لكل منهما قوله فان لم يبين اجبره القاضي عليه فان قلت كيف يجبره
عليه والتجهيل قد يكون لجهله بالحق بان اتلف مالا لا يدري قيمته او جرح
جراحة لا يعلم ارشها او بقي عليه باقية حساب لا يحيط به علمه ولا جبر
مع الجهل لانه يؤدي الى الكذب قلت الظاهر من حال المقر هو العلم بالحق
الذي يقر به فيجب عليه البيان وما ذكرت من انه قد يكون الحق مجهولا فذلك
احتمال اعتبر ليصح اقراره مجهولا اما القاضي فعليه ان يعتمد على الظاهر
ولا يصدقه فيما هو محتمل قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا فان قلت
ما الفرق بين غصبت منه شيئا وبين قوله بعت من فلان شيئا او آجرت
من فلان شيئا او اشتريت من فلان كذا بشيء حيث يصح الاقرار بغصب شيء
مجهول ويجبر على البيان ولا يصح الاقرار ببيع شيء مجهول ولا باجارة شيء مجهول
ولا يجبر على تسليم شيء قلت ذكر في الكافي الحاصل ان كل تصرف لا يشترط
لصحته اعلام ما صادفه فالاقرار به مع الجهالة صحيح كالغصب والوديعة فان
الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب مالا مجهولا في كيس صح وكل تصرف
يشترط لصحته اعلام ما صادفه فالاقرار به مع الجهالة لا يصح كالبيع والاجارة
فان من اقر انه باع من فلان شيئا او آجر من فلان شيئا او اشترى من فلان
كذا بشيء لا يصح ولا يجبر المقر على تسليمه وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت
معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع
لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا مجهولا
او اودعه شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار هذا
كلامه قلت سيأتيك انه اذا اقر بان لفلان علي الف درهم من ثمن عبد

ولم يعينه لزمه الالف ويجعل قابضا للعبد وان انكر قبضه ولو عاين
انه اشترى منه عبدا غير معين بالف لم يلزمه الالف لفساد البيع فعلم انه جاز
ان يكون حكم الاقرار على خلاف حكم المعاينة فلا يصح الحاق الاقرار بالمعاينة
كما الحق الشيخ ره هنا فالاولى ان يقال المجهول في حكم الهالك لانه لا طريق
للوصول اليه فانه ما من شيء بحضرة المقر الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا
وهلاك المبيع يوجب بطلان البيع ولا جبر على تسليمه مع بطلان العقد
بخلاف الغصب والوديعة فانهما لا يبطلان بتقدير التسليم وكذا جهالة الثمن
يوجب فساد العقد والجبر على التسليم انما يكون في العقد الصحيح **قوله**
ويجب ان يبين ما هو مال يشير الى انه اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده
لا يقبل بيانه وهو مذهب الاكثر ويقبل عند بعضهم لان لفظ الغصب
يطلق على الزوجة والولد عادة والتمانع فيه يجري اكثر مما يجري في الاموال
قوله ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ويقال يجب
ان يجب درهمان لان كذا كناية عن العدد واقله اثنان لانه
عبارة عن نصف مجموع حاشيته وهو رواية الذخيرة ويقال يجب ان
يلزمه ثلثة دراهم لانه اقل عدد يذكر له التمييز ثلثة حيث لا يميز واحد
واثنان بل يجب ان يلزمه احد عشر لانه ذكر التمييز منصوبا واقل عدد
يذكر تمييزه منصوبا احد عشر وجوابه اما عن الاول فلان لفظ كذا
كناية عن العدد بمعنى ما يعرف به كمية الشيء لا بمعنى نصف مجموع حاشيته
واقل ما يعرف به كمية الشيء واحد وذلك لانه كناية عن العدد
والعدد يطلق عند البعض على نصف مجموع حاشيته وعند البعض
يطلق على ما يعرف به كمية الشيء فاعتبار الاول يوجب ان يلزم اثنان
واعتبار الثاني يوجب ان يلزم واحد فيجب درهم واحد اخذا بما هو
المتيقن واما عن الثاني فلانه لا يمكن الحاقه بالثلثة لفوات ما هو لازم
تمييزه وهو الجمعية والاضافة ولا باحد عشر لفوات تكرار العدد فاعتبر
ظاهر مفهومه وهو ان لفظة كذا مبهمة بينها قوله درهما فصار كانه قال
له علي درهم واما امتناع التمييز فيختص بلفظ الواحد والاثنان **قوله**
والقضاء يتلو الوجوب لكونه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه
ودعوى الابراء كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال
واجب عليه وهذا يشكل بما مر من قوله ومن ادعى على اخر مالا فقال
ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة
على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء

يتلو

يتلو الوجوب وقد انكره فكان متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان
غير المحق يقضي ويبرأ عنه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل
وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي هنا كلامه وجوابه ان القضاء والابراء
يقتضيان الوجوب بحقيقتهما غير ان الانكار السابق قرينة صارفة عنها
فيحمل على المحتمل الذي يستعمل اللفظ في الجملة ولا صارف هنا فيجري على الحقيقة
وذلك ظاهر **قوله** انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره
عقيب العددين **فان قلت** هذا الدليل انما يتأتى فيما اذا ذكر عددين
واعقبهما بالدرهم تمييزا نحو ثلثة ومائة درهم ولا يتأتى في نحو مائة ودرهم
لانتفاء ذكر العددين ههنا فالدليل لا يوافق المدعى **قلت** ههنا ايضا
ذكر العددين معنى لان قوله درهم يدل على الواحد وهو العدد الثاني
فكانه قيل واحد ومائة درهم **فان قلت** قولنا مائة وثوب ايضا في قوة
واحد ومائة ثوب فيجب ان يكون الكل ثيابا كما لو صرح بذكر العددين
اجيب بان الحاجة ماسة الى اعتبار نحو مائة ودرهم بما لو صرح بذكر
العددين واعقبهما تمييزا لكثرة الاستعمال فاعتبرناه به فلا حاجة
بنا في مائة وثوب لعدم الكثرة على ما عرف فاعتبرنا الظاهر ولم نجعله
في حكم العددين **قوله** ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وقد يشكل الفرق بين هذا
وبين ما اذا قال غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة
مع ان غصب الشيء وهو مستعلي على شيء لا يتحقق الا بغصب ذلك الشيء
اللهم الا ان يثبت العرف انهم يذكرون الحمار في مثل غصبت اكافا
على حمار لبيان محل الغصب فكان كلمة على مستعارا لمعنى من اي غصبت
من هذا المحل وغصب الشيء من محل لا يوجب غصب ذلك المحل اما كلمة في
في قولهم غصب تمرا في قوصرة فعلى الحقيقة لعدم العرف هنالك ثم ذكر
في الزيادات ان القوصرة تطلق على التمر والظرف جميعا واليه اشار
المصنف ره في باب الوصية بالسكنى والخدمة وسيأتيك ان شاء الله تعالى
وقوله ههنا ان القوصرة ظرف له يدل على انه اسم للظرف لا للظرف
والمظروف جميعا الا ان يقال معنى قوله وعاء وظرف له انها في قوله
غصبت تمرا في قوصرة جعل ظرفا للتمر وجاز ان يكونا اسما للمجموع لكنه
جعل ظرفا بارادة بعض المعنى فلا تدافع **قوله** لزمته الدابة خاصة
الظاهر انه اراد باللزوم هنا الدخول في الضمان اي ضمن الدابة دون
الاصطبل يشعر به التعليل بقوله لان الاصطبل غير مضمون ولو اريد

لزوم تسليمه لم يستقم التعليل المذكور لان الاصطبل وان كان لا يغصب
بالغصب فقد يجب على الغاصب تسليمه الى المالك قوله لان النفيس
من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف قال
الشارح في جواب محمد رح واما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبت كرباسا في عشرة
اثواب حرير عند محمد يلزمه الكل في هذه الصورة مع ان عشرة اثواب
الحرير لا يجعل وعاء للكرباس تم لفظه وفيه نظر لما عرفت ان النقض
عبارة عن تخلف المدلول عن الدليل اما تخلف الدليل عن المدلول
فليس من النقض في شيء وفيما نحن فيه انما هو تخلف العلة عن الحكم وذلك
غير قادح فقوله منقوض ممنوع ثم المراد من النفيس العزيز النادر
وجوده والكرباس في بعض البلاد يكون اعز من الحرير فيلف في عشرة اثواب
حرير مبالغة في حفظه قوله ان حرف في يستعمل في البين والوسط
ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم
وقد يقال استعمال في بمعنى البين والوسط مجاز واستعمالها للظرف
حقيقة والحقيقة اولى واجيب في الحاشية بان الحقيقة هنا تركت
بدلالة العادة فان العادة ان لا يجعل الثوب الواحد في عشرة ولا يقال
لو كانت الحقيقة متروكة بدلالة العادة لكان عدم اللزوم باعتبار انتفاء
الدليل عليه لا باعتبار الشك في دليله وقد اشار المصنف رح بقوله
فوقع الشك الى ان انتفاء اللزوم باعتبار وقوع الشك في دليل اللزوم
لانا نقول انما يكون عدم اللزوم باعتبار انتفاء الدليل لا باعتبار وقوع
الشك ان لو تعين معنى الوسط بعد ترك الحقيقة وليس كذلك لاحتمال
ان يكون بمعنى مع فيلزمه احد عشر ثوبا واذا لم يتعين معنى البين مرادا
يحتمل ان يكون المراد معنى مع وان يكون معنى البين والاول ان كان يوجب
اللزوم فالثاني لا يوجبه فلا يلزم بالشك قوله فتعين الاول محملا
ولقائل ان يقول كيف تعين محملا والمجاز هنا غير متعين لاحتمال ان يكون
كلمة في بمعنى البين وان تكون بمعنى مع والحمل على الحقيقة اذا تعذر
ولم يكن لها مجاز متعين يصير محملا فيما هو المراد حتى لا يجوز الحمل على احدى
المعاني المجازية الا بدليل ولا دليل هنا على تعين ارادة معنى الوسط
فكيف تعين الاول محملا الا ان يقال استعمال كلمة في في قولنا لفلان
على ثوب في عشرة اثواب بمعنى البين متعارف والعرف يصلح معينا
فالدليل الاول على هذا محمول على تقدير تسليم عدم العرف والله اعلم قوله

وقال الحسن

وقال الحسن رح يلزمه خمسة وعشرون لان الخمسة في الخمسة خمسة
وعشرون والجواب ان الخمسة في الخمسة انما يكون خمسة وعشرين
في المذروعات دون العدديات لان خمسة اذرع من الارض مثلا اذا
تصور في خمسة اذرع منه كان الكل خمسة وعشرين ذراعا ضرورة اما
في العدديات لو تصور خمسة دراهم مثلا في خمسة دراهم لا يكون خمسة
وعشرين وذلك ان معنى خمسة في خمسة خمسة طولا وخمسة عرضا
والطول والعرض انما يتصور في المذروع فيختص به ضرورة على ان الضرب
عرف اهل الحساب دون العوام وجواب المسئلة انما يكون على اعتبار
عرف العوام فصل قوله ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان
قايما وقت الاقرار بان وضعته لاقل من ستة اشهر منذ مات المورث
والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا كذا في الكافي
كان المناسب ان يقال في التفسير بان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار لان المقصود بيان مدة يعلم انه كان قايما وقت الاقرار وتلك
المدة انما تكون بالوضع لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار الا ان
الوضع لاقل من ستة اشهر من وقت موت المورث والموصي يستلزم
الوضع لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار اذ الاقرار للحمل بسبب الارث
او الوصية لا بد وان يتاخر من موت المورث او الموصي فاذا وضعت لاقل
من ستة اشهر من وقت موت المورث او الموصي فقد وضعته لاقل منه
من وقت الاقرار المتاخر عن موتهما ضرورة وانما اختار هذا التفسير
لينبه انه كما لا بد من الوضع في مدة يعلم انه كان قايما وقت الاقرار
لا بد منه في مدة يعلم انه كان قايما وقت موت المورث او الموصي قوله لانه
بين مستحيلا واعترض بانه رجوع وذا لا يجوز والجواب ان الرجوع
عبارة عن ابطال الحق بعد الثبوت وحق المقر له ههنا غير ثابت بمطلق
الاقرار اما عند ابي يوسف فظاهر لان الاقرار للحمل لا يصح عنده ما لم يبين
السبب الصالح فكان بيان السبب عنده تصحيحا للاقرار فاذا بين سببا
مستحيلا فقد امتنع من التصحيح والامتناع منه ليس من الرجوع في شيء
واما عند محمد رح فمطلق الاقرار وان كان محمولا على السبب الصالح ولكن
انما يحمله عليه اذا لم يكن في كلامه ما ينافي الحمل عليه اما اذا كان بان صرح
بالسبب الغير الصالح فلا فاذا لم يكن محمولا على السبب الصالح لم يتعلق
بهذا الاقرار حق المقر له فلا يكون بيان سبب غير صالح رجوعا واجاب
الشارح عن هذا بقوله قلنا لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل فقد تشتبه

على الجاهل فيظن ان الجنين مما يثبت عليه الولاية فيعامله ثم يقر بذلك
المال للجنين على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا
فكان كلامه هنا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا ثم لفظه ولا يقال
كما اعتبر ظن الجاهل ههنا ينبغي ان يعتبر فيما اذا قال لفلان علي الف
من ثمن خمر او خنزير لان الجاهل قد يظن ان بيع الخمر والخنزير جائز فيما
فيقر بما وجب عليه بناء على ظنه ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب
كان باطلا فكان كلامه هنا بيانا لا رجوعا وسياتيك انه رجوع
على قول ابي حنيفة رح لانا نقول ظن الجاهل انما يعتبر اذا صادف موضع
الاجتهاد او يكون في موضع الشبهة والظن بجواز بيع الخمر والخنزير
ليس في موضع الاجتهاد ولا في موضع الشبهة فلا يعتبر بخلاف الظن
بثبوت الولاية على الجنين فانه في موضع الشبهة لان الجنين كالمولود
في بعض الاحكام حيث يجوز الوصية له وبه يستحق الميراث كالمولود
فجاز ان يظن ان الولاية يثبت عليه كما يثبت على المولود فيكون هذا
الظن كظن الابن حل جارية الاب باعتبار اتصال المنافع ولا ملاك
قوله ان الاقرار مطلقه ينصرف الى آخره اعلم انهم ذكروا لابي يوسف رح
طريقين احدهما ما ذكر في الكتاب ويرد عليه انه لو اقر بحمل جارية لرجل
ولم يبين صح عند ابي يوسف رح ايضا فلو كان مطلق الاقرار محمولا
على سبب التجارة لما صح الاقرار بالحمل مطلقا الا ان يقال مطلق الاقرار
انما ينصرف الى سبب التجارة في الاقرار بالديون لا في الاقرار بالاعيان
والاقرار بالحمل اقرار بالعين فلا ينصرف مطلقه الى سبب التجارة نعم
يشكل بان الاصل في الاقرار هو ان ينصرف مطلقه الى سبب التجارة لكن
اذا امكن صرف مطلقه اليه يصرف اليه محافظة على هذا الاصل
اما اذا لم يمكن صرفه اليه يجب ان يحمل على غيره تصحيحا للاقرار بالقدر
الممكن وفي اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين يمكن العمل بهذا
الاصل فيحمل اقرارهما على سبب التجارة اما الاقرار بالحمل فلا يمكن صرفه
الى ذلك فينبغي ان يحمل على غير التجارة تصحيحا لكلام العاقل ما امكن
والثاني ان هذا اقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر حمله على الجواز
فيحكم بالفساد وذلك ان للجواز جهتين الوصية والارث والجمع بينهما
متعذر وليس احدهما باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فتعين الفساد
بخلاف اقرار العبد المأذون فان جهة الجواز ههنا متعينة وهي التجارة
وبخلاف الاقرار بالحمل فان طريق التصحيح متعين كما سيجيء هذا ما في

الشرح

في الشرح والكافي ويرد عليه ان للاقرار بالحمل ايضا سببين احدهما الوصية
بان اوصى به احد لغيره والثاني الارث وذلك بان اوصى رجل لغيره ثم مات
الموصي ثم مات الموصى له ثم وضع الحمل كان الحمل لوارث الموصى له بالوراثة من الموصى له
لا بالوصية اللهم الا ان يقال مثل هذا نادر فلا يزاحم الوصية نعم ان
كما يملك بالوصية يملك بالخلع فانها لو خالعت نفسها على ما في بطن امتها
صحت التسمية فكانت اسباب صحة الاقرار بالحمل متعددة كاسباب صحة
الاقرار للحمل على ان الاقرار بالملك لا يحتاج الى تعيين السبب حتى يبطل
عند تزاحم الاسباب الا يرى انه لو اقر بعين لانسان يملك مطلق صح
مع ان له اسبابا شتى فكذا الاقرار بالدين اذ لا فارق بين الاقرار بملك
العين والاقرار بملك الدين وجوابه ان هذا الوجه بناء على ما مر من مذهب
ابي يوسف رح من ان الاقرار للحمل لا يصح الا عند بيان السبب الصالح
فكان تعيين السبب الصالح شرطا عنده فحيث احتيج الى تعيين السبب
وكان له سببان او اكثر تعذر التعيين لعدم الترجيح وبدون التعيين
الاقرار باطل عنده فاما عند محمد رح فمطلق الاقرار صحيح عنده ولا حاجة
عنده الى تعيين السبب فلا يضر مزاحمة الاسباب وايضا جميع اسباب
الملك يوجب الملك للآدمي المنفصل عن الرحم فلا حاجة فيه الى تعيين
بعض الاسباب حتى يتعذر التعيين للتزاحم اما في حق الجنين فبعض الاسباب
صحيح وبعضها غير صحيح فلا بد من تعيين الصحيح عن الفاسد والتعيين عند التزاحم
متعذر لعدم الترجيح فبطل الاقرار بالضرورة اما عند تعيين السبب
يتعين بلا تعيين فصار كانه نص عليه **قوله** لان له وجها صحيحا وهو الوصية
من جهة غيره قال الشارح وقد ذكرنا انفا ان جهة الجواز اذا كانت متعددة
لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم يكن احدها اولى في الحمل عليه من آخر
اما اذا تعينت جهة الجواز فيحمل عليها كما في هذه المسئلة فان مزاحمة الميراث
الوصية في حق الحمل غير صحيح لان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب
في الام ايضا لشيوع حقه في جميع التركة اما الوصية بالحمل لا تكون وصية
بالام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف رح
في صحة اقراره مطلقا بحمل الجارية وعدم صحة اقراره للحمل لما ان هنالك لصحة
الاقرار مطلقا جهتان الميراث والوصية وليس احدهما باولى فبقي على البطلان
ثم لفظه **وفيه نظر** لان الحمل قد يكون ميراثا بدون الام كما اذا اوصى
بجارية لرجل واستثنى حملها يصح الاستثناء ويكون الحمل ميراثا والجارية
وصية صرح به المصنف رح في باب البيع الفاسد في مسئلة ومن اشترى جارية

الحمل

الا حملها حيث قال وكذا الوصية لا يبطل ولكن يصح الاستثناء حتى يكون
الحمل ميراثا والجارية وصية فقول الشارح لان الوارث اذا كان له
نصيب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا ممنوع لجواز ان يكون له نصيب
في الحمل دون الام فيصلح الميراث ان يزاحم الوصية في الحمل فلا يكون جهة
الجواز متعينة في هذه المسئلة ايضا والجواب ان الاقرار بالحمل
لو حمل على الميراث لكان ذلك اقرار منه بان الجارية من التركة لان كون الحمل
ميراثا يستلزم كون الجارية من تركة المورث فيستحقها الوارث ضرورة
الا اذا ادعى المقر ان الجارية له بوصية مورثه ويقيم على ذلك بينة
وكل ذلك لم يوجد هاهنا فيكون الجارية للمقر له ايضا لانه اقر بكونه وارثا
وكون الجارية من تركة المورث والتركة لا يستحقها الا الوارث
اما غيره فلا يستحق الا بوصية من مورثه والمقر لم يدع الوصية
لنفسه فيؤمر بتسليم الجارية فلا يكون اقرارا بالحمل فقط فظهر ان صورة
الاقرار بالحمل فقط ليس الا الوصية فتعينت محملا وهذا معنى قول
الشارح ان الوارث اذا كان له نصيب في الحمل كان له نصيب في الام
ايضا **وفيه نظر** لان كون الحمل ميراثا لا يستلزم كون الجارية من التركة
لجواز ان يكون الحمل من الميراث ولم يكن الجارية من تركة المورث
كما اذا اوصى لرجل بحمل جارية فمات الموصي ثم مات الموصى له فالحمل يكون
لورثة الموصى له وراثة والجارية ليست من تركة المورث والمسئلة
مذكورة في الشرح في باب البيع الفاسد عند قوله والاصل انه ما
لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد اللهم الا ان يعتبر
الندرة فان مثل هذه الحالة التي يكون الحمل فيها ميراثا ولا يكون الجارية
من تركة المورث على جهة فرضت نادرة على ما لا يخفى فلا يعتبر في تعدد
جهات الجواز نعم ان الحمل كما يملك بالوصية يملك بالخلع عليه ايضا
فانها لو خالعت نفسها على ما في بطن امتها صحت التسمية والمسئلة
في السعناقي في كتاب الصلح عند قوله ما صلح مسمى فيه اي في النكاح
صلح مسمى هنا اي في الصلح عن دم العمد فكانت اسباب ملك الحمل
متعددة ايضا كاسباب الملك للحمل **باب الاستثناء**
وما في معناه قوله فان استثنى الجميع اي الجميع مفهوما لا صدقا
حتى لو كان المستثنى كل المستثنى منه صدقا وبعضه مفهوما صح الاستثناء
نحو عبيدي احرار الا هؤلاء مشيرا الى جميع عبيده حتى لا يعتق واحد منهم
بخلاف ما لو قال عبيدي احرار الا عبيدي حيث يبطل الاستثناء ويلزم عتق

في الكل **قوله** لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل وكلام حاصل
بعده فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا
لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لا ما ل كلامه والابطال ليس
من البيان في شيء فلم يصح وان كان موصولا كذا في المبسوط واعترض
بان استثناء الكل لو كان رجوعا لكان ينبغي ان يعمل عمل الرجوع فيما
صح الرجوع عنه كالوصية وليس كذلك فانه لو قال ثلث مالي لزيد الا
ثلث مالي كان الاستثناء باطلا وصحت الوصية بالثلث لزيد وقد يجاب
بان هذا مبني على تقدير تسليم صحة الاستثناء ومعناه ان هذا الاستثناء
باطل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده فيكون لغوا وعلى تقدير صحته
يكون رجوعا والرجوع في مسئلة الاقرار باطل ولكن اللفظ لا ينقاد
هذا المعنى واعترض ايضا بانه لو قال لفلان علي الف درهم ان شاء الله
بطل الاقرار ويجب ان لا يبطل بل يبطل الاستثناء لانه ابطال للاقرار
عند محمد رح لا تعليق وابطال اول الكلام لا يصح وان كان بكلام
موصول الا يرى انه لو قال لفلان علي الف درهم على انه بالخيار
لزم الاقرار وبطل الخيار لانه مبطل للاقرار فلا يصح وان وصل وعند
ابي يوسف وان كان تعليقا فهو تعليق بشرط لا يوقف عليه فكان
ابطالا معنى والمبطل لا يقبل وان كان متصلا **وجوابه** ان نحو قوله
علي الف درهم ان شاء الله وان لم يكن جزاء لفظا جزاء معنى والجزاء
وان كان متقدما صورة فهو متأخر معنى والتقدير ان شاء الله فله
علي الف درهم فيكون ما هو المبطل للاقرار متقدما معنى والمبطل اذا
تقدم يمنع الاقرار وان كان لا يرفعه اذا تأخر والاقرار وان كان
لا يحتمل الرفع بعد الثبوت فهو يحتمل المنع قبل الثبوت **قوله** اما ابطال
وهو مذهب محمد رح او تعليق وهو مذهب ابي يوسف رح هكذا ذكر
الخلاف في الكافي حيث قال ومن اقر بشيء وقال ان شاء الله تعالى
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان التعليق بمشية الله تعالى ابطال عند
محمد رح فيبطل قبل انعقاده للحكم وعند ابي يوسف رح تعليق بشرط لا يوقف
عليه فكان اعداما من الاصل هذا كلامه وذكر في الحاشية الشاهانية
الاختلاف على عكس هذا فجعل قوله ان شاء الله تعالى ابطالا عند
ابي يوسف رح تعليقا عند محمد رح وهكذا ذكر الشارح فقال وذكر
الامام قاضيخان اختلف ابو يوسف ومحمد رح في هذه المسئلة فقال
ابو يوسف رح التعليق بمشية الله تعالى ابطال وقال محمد رح هو تعليق بشرط

لا يوقف عليه وانما يظهر ثمرة الاختلاف فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء
الله تعالى انت طالق عند ابى يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وقال
محمد يقع لانه تعليق واذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الشرط لم يتعلق
وبقى الطلاق من غير شرط فوقع هذا كلامه والله اعلم بما هو الصواب
قوله فان كان الاول فقد بطل وهذا مشكل لان قوله ان شاء الله
متى كان ابطالا كان رجوعا عن الاقرار كاستثناء الكل من الكل
باطل وان كان متصلا والاقرار صحيح وجوابه مامر قوله اما لان
الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا لفوات
الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط وانما يليق بالانشا
لانه يثبت به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكان ينبغى ان يجب
المال كما فى شرط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب
فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا لغا الخيار
بقى حكم الاقرار بناء على السبب قوله فيكون تاجيلا لا تعليقا لانه موت
كائن لا محالة وكذا مجئ رأس الشهر ووقت الفطر حتى قالوا المراد به
وقت الفطر لا حقيقة الفطر حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغى ان لا يصح
اقراره كذا فى الكافى وهو مشكل لما ذكر فيه فى متفرقات الايمان حيث
قال ولو قال لعبده حر ان حلفت بطلاقها فها حنث بتعليق الطلاق بفعله
او فعل غيره او بمشية الله لوجود الركن وهو ذكر الشرط والجزاء وكذا
لو قال انت طالق اذا جاء غدا واذا جاء رأس الشهر حيث لانه علقه بمجئ
الغد فصار كالتعليق بالقدوم فان قيل مجئ الغد متيقن الوجود
فلا يصلح شرطا قلنا كونه شرطا غير متيقن فان احدهما لو مات قبل
مجئ الغد لا يكون شرطا لان الشرط ما يكون علما على نزول الجزاء
فلا يتصور بدون الجزاء هذا لفظه فقد جعل التعليق بمجئ الغد ومجئ
رأس الشهر تعليقا لا تاجيلا والله اعلم بالصواب وفى الشافى
ان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل بحسب فتركت
الحقيقة للعرف فصار مقرا بدين مؤجل قوله لان الاقرار بالارض
اقرار بالبناء والبناء فى ملكه فصح الاقرار به لغيره تبع الارض لانه
اقرار على نفسه بخلاف ما اذا قال بناء هذا الارض لفلان والارض
لفلان آخر حيث يكون البناء للاول والارض للثانى لانه وان صار
مقرا بالبناء للثانى بتبع الاقرار بالارض له ولكن بعد الاقرار به للاول
فصار مقرا على غيره وانه باطل قوله معنى لا لفظا اى تبعا لا مقصودا

يعنى

يعنى ان اسم الدار اسم لعرصة ادير عليها الحيطان لا للعرصة والبناء جميعا
قوله او الابنية منها لانه داخل فيه لفظا اذ البيت اسم لما يبات فيه
من اجزاء الدار والجزء داخل فى الكل قصدا قوله وجوابه ماذكرنا
لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة اى اذا اشترى معاينة ولم
يقبضه قيل للبائع ان شئت فسلم المبيع وخذ الالف مثلا والا فلا شئ
لك فكذا فى الاقرار كذا فى الحاشية وفيه نظر لان البيع اذا ثبت مطلقا
فلا خيار للبائع فى احضار المبيع وتسليمه عند نقد الثمن فكيف يقال
له ان شئت فسلم العبد لان التعليق بالمشية يوجب الخيار وليس له
ذلك بل يجبر على التسليم عند النقد على ان قوله ان شئت فسلم العبد
وخذ الالف ظاهره يقتضى وجوب التسليم على البائع اولا والمسئلة
بخلافه على ما مر فى البيوع الا ان يقال المراد من قوله فسلم احضره
للتسليم والبائع وان كان يجبر على الاحضار لكن بطلب من المشترى
بان يقول انا اودى الثمن اليك فاحضر المبيع كى اتمكن من قبضه
عقيب التسليم اما اذا لم يطلبه فالبائع مخير ان شاء احضر المبيع
ويأخذ الثمن من المشترى جبرا وان شاء لم يحضره وما فى الكتاب
والحاشية محمول على ما اذا لم يطلب المشترى من البائع الاحضار ولا يريد
النقد وبهذا يخرج الجواب عن الاعتراض الثانى ايضا لان البائع
وان كان لا يطالب بالتسليم اولا فهو يطالب بالاحضار ليتمكن
المشترى من قبضه عقيب النقد قوله لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون
واجبا واول كلامه للوجوب وفيه بحث لما ذكر فى الذخيرة ان المدعى عليه
ان قال على الف درهم من ثمن خمر واقام على ذلك بينة لا يندفع عنه
دعوى المدعى عند ابى حنيفة رح لان المسلم قد يجب عليه ثمن الخمر عند
بان يوكل ذميا بشرائها وعندهما يندفع دعوى المدعى لان عندهما
لا يجب ثمن الخمر على المسلم بحال هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر
الا ان يقال هذا اقامة الدليل من قبل ابى حنيفة على ما زعم ابو يوسف
ومحمد من ان ثمن الخمر والخنزير لا يجب على المسلم بحال واما لزوم الالف
على زعم ابى حنيفة فظاهر فابو حنيفة كانه يقول لزوم الالف على المقر
على اصلى ظاهر وكذا على اصلكما لانه رجوع والرجوع بعد الاقرار باطل
او يقال انه بناء على قول من يقول بوجوب الثمن على الوكيل دون الموكل
وعلى قوله عليه انه فاسد الدعوى اذا اقام المدعى عليه بينة ان الالف
عليه من ثمن خمر غير مسلم قوله ولابى حنيفة رح ان هذا رجوع عما اقر

وقد يعلل من قبل ابي حنيفة بانه وان كان بيان تغيير فبيان التغيير مقبول
انما يقبل اذا لم يكن مكذب اما اذا كان له مكذب فلا يقبل الا اذا
اثبته بالبينة بالدين وادعى الاجل وانكر المقر له فان دعوى الاجل
وان كان بيان تغيير لان له مكذبا وانه دعوى شيء لنفسه فلو قبل فيه
قوله لزم قبول قول المدعي بلا حجة وانه باطل ودعوى الزيافة في الثمن كدعوى
الاجل فيه لان كلا منهما دعوى له معارض وللخصم ان يقول ان الاجل
حق المشتري على البائع فاذا ادعاه فقد ادعى حقا لنفسه ومن ادعى حقا
لنفسه على غيره لا يقبل قوله الا ببينة او باباء يمين اما اذا ادعى الزيافة في الثمن
فليس بدعوى حق لنفسه على غيره بل هو بيان احد انواع الثمن لولاه لانصرف
الى الجيادة لانه المتعارف فهو بيان تغيير لا يتضمن دعوى شيء لنفسه
على غيره فيقبل اذا اتى به متصلا لانه انكار لوصف الجودة حقا للبائع
لا ادعاء حق لنفسه فصار كما لو قال لفلان علي الف درهم وديعة صدق
لان اللفظ يحتمل الوديعة مجازا حيث يكون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا **قوله** ان هذا رجوع عما اقر ودعوى امر عارض
فلا يقبل وان وصل كقوله علي الف من ثمن بيع الى شهر لان دعوى الاجل
لا يقبل كذا في الكافي **فان قلت** لما كان رجوعا عما اقر كان في دعواه
متناقضا فيجب ان لا يقبل البينة عليه لانها انما تقبل على دعوى صحيحة **اجيب**
بان الاقرار بالعقد ليس باقرار بجودة الثمن وكونه حالا ولزوم العقد
حقيقة لكنه جعل مقرا به في الحكم نظرا الى الظاهر لا مطلقا بل ما لم يثبت
خلافه بالبينة اذ لا عبرة بالظاهر مع التيقن بخلافه ولا منافاة بين جعله
مقرا بجودة الثمن او اللزوم الى ان يثبت خلافه بالبينة وبين اثبات خلافه
بها وهذا لان العقد يحتمل ان لا يكون لازما بان يكون فيه خيار والثمن
يحتمل ان يكون زيفا وان كان على خلاف الظاهر والبينات وضعت لاثبات
ما هو محتمل غير ظاهر فلا بد وان يقبل البينة على الخيار والزيافة والاجل وان ثبت
جعله مقرا باللزوم والجودة الى ان يثبت خلافه بالحجة وبالجملة ان ابا حنيفة
رضي الله عنه لا يجعل مقرا في مثل هذه المسائل مطلقا حتى يكون في دعوى
بعد ذلك متناقضا بل موقتا الى غاية اقامة البينة على خلاف الظاهر
قوله والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا
فان قلت انها ان لم تكن ثمنا حقيقة ولا شك انها ثمن مجازا وصرف
الكلام عن الحقيقة الى المجاز ليس برجوع **اجيب** بانه سماه رجوعا
من حيث ان له حكم الرجوع في عدم قبول قوله بلا حجة وذلك انه وان كان

بيان تغيير ولكن بيان التغيير اذا كان له مكذب لا يقبل منه الا بحجة
فكان كالرجوع بهذا الوجه وهذا لانه لو كان رجوعا من كل وجه لم يقبل
عليه البينة وانها مقبولة فعلم انه في حكم الرجوع في عدم قبول قوله ولكن
يشكل الفرق بين قوله وهي ستوقة متصلا بقوله له علي الف درهم من ثمن
متاع وقوله وهي وديعة متصلا بقوله له علي الف درهم من حيث ان كلا
منهما تغيير من الحقيقة الى المجاز اذ الستوقة ثمن مجازا فيحتمله قوله من ثمن
متاع مجازا وكذا حفظ الوديعة واجب فيحتملها قوله علي يعني علي حفظه
ثم قوله وهي وديعة بعد قوله له علي الف درهم مقبول وقوله وهي ستوقة ليس بمقبول
وينبغي ان يستويا في القبول او عدمه اما الفرق فيحتاج الى كثرة تأمل
والله اعلم فالاولى ان يقال انه ليس برجوع باعتبار انه ليس بثمن كما ذكره
في الكتاب حتى يرد عليه ما ذكر من الاشكال بل هو رجوع باعتبار ان المتعارف
انما هو التعامل بالجياد والمعروف كالمنصوص ولو نص بالجياد ثم قال هي
زيوف كان رجوعا كذا هذا **قوله** ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم
يتناولها اي يتناول الزيوف كما يتناول الجياد ولا ينصرف مطلقها الى الجياد
فيكون دعوى الزيافة بعد ذلك بيانا فيصدق فيه وفي الكافي قيل يصدق
اجماعا اذا وصل لان صفة الجودة انما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة
فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه هذا
كلامه **قلت** التقييد بقوله اذا وصل يشعر بانه اذا فصل لا يصدق
ولكن التعليل الذي ذكر فيه يشعر بان دعوى الزيافة بيان تفسير لان مطلق
الدراهم لما لم ينصرف الى الجياد بقيت محتملة للجياد والزيوف جميعا فكان
قوله وهي زيوف بيان تفسير وبيان التفسير يقبل موصولا ومفصولا **قوله**
بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
نوع لا عيب اذ العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والبر قد يكون رديا في اصل
الخلقة فالذهب والفضة ايضا قد يكونان رديين في اصل الخلقة نص
عليه المصنف رحمه الله في كتاب الصرف حيث قال واذا كان الغالب على الدراهم
الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهو ذهب ويعتبر
فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة ولا بيع
بعضها ببعض الا متساويا في الوزن الاستقراض بها الا وزنا
لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون
الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء

٢ الخلقة فكان نوعا وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع فلم يكن في هذا تغيير موجب كلامه كذا في المعراج
قلت كان البر قد يكون رديا في اصل صح

هذا كلامه فعلى هذا لا فرق بين الحنطة والدراهم فى ان الرداءة فى كل منهما
قد يكون خلقية والزيافة فى الدراهم الرداءة لانه ذكر الزيوف بمقابلة الجياد
ومقابل الجياد انما هو الردى فعلم ان الزيوف هنا بمعنى الردى ولا فرق
بين رداءة الحنطة ورداءة الدرهم يكون احديهما نوعا والاخرى عيبا
وجوابه ان الزيافة ليست برداءة بل الرداءة انما توثر فى زيافة الدرهم
لان الزيافة على ما ذكر فى الصحاح من قوله زيف ناروا ان شدن درم عبارة
عن عدم الرواج وذلك غير الرداءة الا انها ربما توثر فى الزيافة فيكون
الزيافة عيبا لكونه عارضا يخلو عنه اصل الخلقة وان لم يكن الرداءة عارضة
وهذا الفرق انما يتم اذا كان القول فيما اذا قال له على الف درهم من ثمن متاع
هى ردية قول المقر كما فى مسئلة الحنطة **قوله** وقيل لا يصدق لان مطلق
الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم لو يقال
ان الاستهلاك قد يستباح كما اذا اصابته مخمصة فاستهلك مال الغير لان
ذلك نادر واحكام الشرع يبتنى على الاعم الاغلب ولكن يشكل بان الارث
مشروع ايضا فجاز ان يكون الدراهم التى يقر بها فى الذمة موروثا بان كان
دينا للمورث المقر له فمات وتركها ميراثا له فلا يتعين العقود وجوابه
ظاهر لان الاقرار للوارث اقرار للمورث فى الحقيقة والاقرار للمورث
منصرف الى العقود لا الى الاستهلاك المحرم **قوله** فيكون بيان النوع
اى نوع المغصوب والوديعة لا بيان ما هو عارض فيها فان الزيافة وان كان
عارضا وعيبا بالنظر الى ذات الدراهم فهو نوع من حيث انه مغصوب او وديعة
يحتمل الجودة والزيافة على السواء من غير ان يكون احدهما اصلا والاخر عارضا
قوله فيقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه فان قلت ينبغى ان يصدق
فى انكار القبض اذا قال دفع الى فلان الف درهم ولم اقبض ووصل وانه لا يصدق
وان وصل اجيب بالمنع فعند محمد رح يصدق لان الدفع يذكر للتخلية مجازا
فهذه النكتة بناء على قول محمد رح واما ابو يوسف رح فيقول الدفع لا يكون الا
بالقبض حتى لا يصدق عنده فى المسئلة المذكورة فى انكار القبض لانه رجوع
فالوجه عنده هو ما اشار اليه بقوله ولو اقتضى ذلك اى لو اقتضى الدفع القبض
كما هو مذهب ابى يوسف رح فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر فى انعقاده سبب
الضمان **قوله** فيكون عدما فيما وراء الضرورة **قلت** ذكر فى الفصول
نقلا عن فتاوى رشيد الدين اذا آجر داره وسلمه فغصبه من يد المستاجر
انسان فدعوى المالك على الغاصب لا يصح بدون حضرة المستاجر لانه يدعى
الملك لنفسه واليد للمستاجر فيشترط حضرته هذا كلامه فلو كان بيد المستاجر

عدما فيما وراء الضرورة وجب ان يصح دعوى المالك على الغاصب من يد
المستاجر **قوله** ولا كذلك مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت وديعة
وقد يكون من غير صنعه كاللقطة امانة ووديعة فى يد الملتقط وان
لم يدفعها اليها صاحبها وكذلك الثوب اذا هبت به الريح فالقته
فى دار انسان فانه يكون وديعة عند صاحب الدار وان لم يدفع اليه
صاحبها فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على اثبات اليد من قبله
كذا فى الشرح وقد ذكر الشارح فى كتاب الوديعة عند قوله
الوديعة امانة نقلا عن الامام بدر الدين الكردرى رح ان الوديعة
خاصة والامانة عامة فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة
هى الشئ الذى وقع فى يده من غير قصده بان هبت الريح فالقته فى حجر غيره
والحكم فى الوديعة انه يبرء عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفى الامانة
لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف فههنا تصريح بان الوديعة لا تكون
الا بالقصد فيشكل مسئلة الوديعة **قوله** لان الديون تقضى بامثالها
الخ نسوى هنا بين القرض وساير الديون وجعل ما يقضى به القرض
مثلا وقد نص فى باب السلم ان المردود فى باب القرض حكم عين
الماخوذ مطلقا وان قبض القرض ليس بمبادلة بل هو اخذ عين حقه
لانه عارية كانه اعار الدراهم ثم اخذ عينها حيث قال ومن اسلم فى كر
فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه
قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله
ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد
من الكيل مرتين لنهى النبى عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان
وهذا هو محمل الحديث والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه
لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل
عينه فى حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن
سلما وكان قرضا فامر رب السلم بقبض الكر جاز لان القرض عارية ولهذا
ينعقد بلفظها فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما ولا يجتمع الصفقتان
هذا كلامه وفى الكافى فى آخر متفرقات الاقرار مكاتب اقر لسيده
بالف وللاجنبى بالف قرض وفى يده الف فقضى الالف من كتابته وهى
الالف ومات ولا مال له غيرها عتق لوجود الشرط وثلثا الالف
للسيد وثلثه للاجنبى لان الديون استوت فيقسم بالحصص ولو قضى
من دين سيده فالالف كله للاجنبى لانه مات عاجزا فسقط دين المولى

ولوا قرضه اجنبي الفا ومرض فاقرضه سيده الفا فيقضي سيده الف القرض
ومات سلم لسيده لان الاقراض اعارة حكما فكان كاسترداد العارية
هذا كلامه فقد جعل في هاتين المسئلتين رد القرض كرد العارية
واخذه كاخذها وجعل هنا اخذ القرض اخذ مثل الحق لا عينه كاخذ
ساير الديون فجعل اخذ القرض من المستقرض كاخذ العارية في بعض
المسائل واخذ مثل الحق في البعض مما لا يعرف له وجه باب
اقرار المريض قوله وهو الاقرار جعل الاقرار سببا تسامحا والا فالاقرار
ليس بسبب للزوم المال حتى لو ادعى المال بسبب الاقرار بان قال لي على فلان
كذا لانه اقر لي به لم يصح قوله ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه
ابطال حق الغير الخ فان قلت الاقرار بالوارث من المريض صحيح مع انه
يبطل حق ساير الورثة اجيب بان اعتبار اقراره بوارث اخر ان كان يتضمن
الاضرار بساير الورثة فعدم اعتباره يتضمن الاضرار بالمقر لانه يحتاج
الى بقاء نسله والاقرار بالنسب جهة في بقائه فيملكه كما يملك النكاح
بمهر المثل وان كان يتضمن ابطال حق الورثة بل ابطال حق غرماء الصحة
المقدم على حق الورثة ودفع الضرر عن نسبه اولى من دفعه عن غيره
واجيب عنه في الشرح بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت
جميعا والموت اخرهما وجودا فيضاف اليه الا يرى ان شاهدي النسب
قبل الموت اذا رجعا بعد الموت واخذ المشهود له المال لم يضمنا شيئا
اما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار قوله
الا بقدر الثلث وقع في غير موقعه لان حق الغرماء يتعلق بالكل من غير
استثناء الثلث انما يستثنى الثلث في حق الورثة ولو لم يكن الثلث
محيطا ما يصح تصرفه في الزايد على الثلث اذا لم يكن له وارث ولم يمنع من التبرع
تعلق حق الغريم قوله بخلاف النكاح لانه من الحوايج الاصلية فان
قلت قضاء الدين ايضا من الحوايج الاصلية صرح بذلك في الكتاب
من بعد فينبغي ان يصح اقراره بالدين في المرض مع وجود دين الصحة لاحتياجه
الى قضاء الدين كاحتياجه الى النكاح قلت الاحتياج الى قضاء الدين
انما هو لدفع الحايل بينه وبين الجنة قال عليه السلام الدين حايل بينه
وبين الجنة وهذا الحايل لا يرتفع بصحة الاقرار بالدين لانه لو صح اقراره
في المرض لقاسم غرماء المرض غرماء الصحة ومع يبقى ذمته مشغولة ببعض
دين الصحة وبعض دين المرض فلا يرتفع الحيلولة بينه وبين الجنة فلا يندفع
حاجته به فلا يبطل تعلق دين الصحة بتركته باعتبار اقراره في المرض

بخلاف النكاح فان حاجته يقضي به فيصح بمهر المثل قوله لانه من الحوايج
الاصلية لان بقاء النفس من الحوايج الاصلية وليس لطريق الى ذلك
الا بالتناسل وطريقه النكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوايج
الاصلية وان كان ثمه دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية
كذا في الشرح وقد يشتبه بان النكاح لو كان من الحوايج الاصلية كالاغذية
لكان ينبغي ان لا تكون المنكوحة اسوة للغرماء كالطبيب وبايع الغذاء
وهي اسوة لهم وجوابه ظاهر وذلك ان حاجة بقاء النسل وان
كانت اصلية فهي دون حاجة الطعام والادوية الا يرى ان للاب
ان يتملك مال ابنه لحاجة الاكل او الشرب او السكنى بلا قيمة ولحاجة الاستيلاد
يتملكه بالقيمة فمن حيث انها اصلية قلنا يصح نكاحه بمهر المثل والاقراره
ومن حيث انها دون حاجة الطعام قلنا يكون اسوة للغرماء عملا بالاعتبارين
جميعا ثم قد يشكل بان النكاح ربما لا يحتاج اليه بان كان له نساء وجوار
وربما لا يفضي الى التوالد بان كان شيخا كبيرا لا يقدر على الجماع وجوابه
ان النكاح في اصل الوضع يوجب بقاء النسل ويحتاج اليه لذلك والعبرة
لاصل الوضع لا للعوارض قوله وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة وقد يشكل بان المبايعة بمثل القيمة لما صحت باعتبار
ان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة لزم ان يصح للورثة القايمة مقامه
ان يستخلص لنفسه العين باداء قيمتها الى الغرماء والرواية منصوصة في الفصول
الاستروشنية ان للوارث استخلاص العين لنفسه باداء كل الدين لا بقدر
قيمتها قياسا على ما اذا جنى العبد خطاء فانه يخير بين الدفع والفداء ولكن
لو فدى يجب ان يفدى بارش المقتول لا بقدر قيمة العبد فكذا هنا
اللهم الا ان يمنع هذه الرواية على قول المصنف ره والقياس على العبد
الجاني غير مستقيم لان الواجب في قتل الخطاء هو الارش على العاقلة ٥
وعاقلة العبد مولاه فينبغي ان يجب الارش عليه غير ان له ان يدفع العبد
لان في الجبر على اداء الارش استيصاله وهنا لا حق للغريم الا في مالية
التركة وقد اوفاها الوارث اليه اذا ادى قيمتها نعم لقائل ان يقول
لما تعلق حق الغرماء بالتركة وجب ان يكون لهم الخيار بين ان يبيعوا فياخذوا
حقهم ناقصا معجلا او يستسعوا العبد ويستغلوا الدار فياخذوا
كل حقهم مؤجلا كالعبد الماذون اذا فضل الدين على ماليته فان للغرماء
ان يبيعوه فياخذوا حقوقهم ناقصة معجلة او يستسعوه واخذوها تامة
مؤجلة وفي كل فائدة فلم يكن للمريض ولوارثه ان يبطل حق الاستيفاء

او الاستغلال للغرماء ببيعه بغير رضاهم كما في العبد المديون الماذون اذا
فضل الدين وهذا يؤيد ما في ذكر في الفصول فتأمل قوله وحالتا المرض
حالة واحدة فالاقراران في حالتي المرض كهما في حالة واحدة كانهما خرجا معا
فلا يظهر فيه التقدم والتأخر يشكل بما لو اقر في الصحة او المرض بعين في يد
لفلان ثم اقر بها الآخر يؤمر بالدفع الى الاول ويضمن للثاني قيمته
ان دفع الى الاول بغير قضاء اشار اليه في الكافي في متفرقات الاقرار
حيث قال كيس في يد رجل فيه الف درهم اقر ان النصف لفلان ودفع
اليه بقضاء ثم اقر ان نصفه لغيره فالباقي بينهما وقال زفر يدفع اليه كاملا
في يده لانه يضمن عنده لان القاضي انما سلم باقراره فاضيف اليه ولنا
انه لا يجوز ان يضمن باقراره لان الاقرار بمال الغير لا يوجب الضمان ولا
بالدفع لانه فعل القاضي فصار كالتادي وان دفع ماله بغير قضاء فالباقي
للثاني لان دفعه باختياره فكانه اتلفه ولو كان مكانه اقرار بالوديعة
فعند ابي يوسف رح كذلك وعند محمد رح يضمن بكل حال لانه مامور بالحفظ والاقرار
ضد هذا كلامه فلو كان الاقراران في حالتي الصحة والمرض كهما في حالة
واحدة لزم في المسئلة المذكورة ان يؤمر بالدفع اليهما نصفين ولا يكون
ضامنا مطلقا سواء دفع النصف الى الاول بقضاء او لا قوله اذ المعاين
لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه بان اشترى شيئا وعاين الشهود قبض المبيع
او استاجر شيئا بمعاينة الشهود وهذا مشكل لما سياتيك في كتاب الحجر من
هذه المعاني الثلثة اي الصغر والجنون والرق موجبة الحجر في الاقوال
دون الافعال لانه لا مرد لها اي للافعال لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف
الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والشرع لم يعتبر التصرفات القولية
الا بالقصد ولا قصد للصبي والمجنون وكذا لم يعتبر اذا تضمن ابطال حق الغير
والاضرار به حتى لم يعتبر تصرف العبد المحجور لما فيه من الاضرار بمولاه وهذا
تصريح بان التصرفات القولية مما له مرد في الشرع فكيف قال هنا اذ المعاين
لا مرد له والتصرفات القولية وان كانت معاينة فلها مرد حتى ترد بالرق
والصغر وكذا بالسفه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فالمرض ايضا من اسباب الحجر
وقد ظهر سائر وجوه الحجر في الاقوال اجمع فكذا المرض فالاولى ان يعلل بان
حق الغرماء متعلق بمعنى الاموال وهو المالية لا باعيانها ولئن كان يخرج بعض
امواله الى هذه الوجوه فقد ادخل مثلها في المالية وفي بعض هذه التصرفات
ان كان ابطال الصحة وهو النكاح والاستئجار الا ان ذلك من الحوائج
الاصلية وهي مقدمة على حق غرماء الصحة الا يرى ان حاجة ثمن الادوية واجرة الطبيب

وماكله

وماكله وملبسه وما اشبهها مقدمة على حق غرماء الصحة كذا في الذخيرة
قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فان قلت لو كان قضاء
الدين من الحوائج الاصلية لصح اقراره للوارث ايضا قضاء لحاجة الاصلية
قلت نعم ولكنا لم نجوزه بقوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين
قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث
اصلا فان قلت قد سبق ان حق الورثة لا يتعلق بالتركة الا بعد الفراغ
عن حاجته الاصلية وباقراره الصحيح ظهر ان تركته غير فارغة عن حاجته الاصلية
فلا يكون فيه ابطال حق الورثة لظهور ان حقهم لم يتعلق بها فينبغي ان يصح
اقراره للوارث كما صح للاجنبي قلت لا شك ان حق الورثة قد تعلق بماله
ظاهرا واقراره للوارث لا يصلح دليلا على كون التركة مشغولة بحاجة الدين
لمكان التهمة في هذا الاقرار من حيث ان الوارث جزء منه ونفعه يعود
اليه وجاز ان يؤثر بعض الورثة لفرط محبته اياه بخلاف الاجانب اذ لا تهمة
في الاقرار لان المرء لا يؤثر الاجنبي على جزئه عادة فيصلح دليلا على كون التركة
مشغولة بحاجته الاصلية فلا يظهر حق للورثة مع ذلك قوله لانه لو انحجر
عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقد يشكل بان هذا
الوجه يقتضي ان يصح اقراره مع دين الصحة ايضا لان الانسان قلما يخلو
عن دين الصحة فلو علم الناس ان اقراره مع دين الصحة غير جائز لامتنعوا
عن المعاملة معه وجوابه ان دين الصحة انما يمنع صحة الاقرار اذا
كان مستغرقا للتركة واستغراقه اياه نادر فلا يمتنع الناس عن المعاملة
معه قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء جعله دليلا اخر معطوفا
على قوله ولانه تعلق به حق الورثة والظاهر هنا ترك الواو وجعله دليلا
على التعلق كما ذكر في الكافي حيث قال ولانه آثر بعض ورثته لشيء من ماله
بعد تعلق حق الكل بماله فرد كما لو اوصى له لشيء من ماله وهذا لان حالة
المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيه والظاهر ان
الانسان لا يحتاج الى مال لانتهاء آماله عند اقباله على الاخرة فيظهر
عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع عن التبرع على وارثه اصلا فلو لم
يتعلق حق الغير لما حجر عن التبرع بماله فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب
ابطال حق الباقين هذا كلامه فقد جعل قوله لان حالة المرض حالة
الاستغناء دليلا على تعلق حق الورثة بماله وجعل التعلق دليلا
على بطلان اقراره لبعض الورثة ولم يجعله دليلا اخر على عدم صحة اقراره
سوى التعلق المذكور كما فعله المصنف وكيف يجعل كذلك وانه لا يصلح

يظهر

دليلا آخر عليه بل هو دليل على التعلق الذي هو الموجب لبطلان اقراره
لبعض الورثة على ما لا يخفى فكأنه عطفه على قوله ولهذا لا على الدليل الاول
انما قلنا يتعلق حقه لامتناع التبرع ولان الخ **قوله** فان اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف ما لو وهب لها هبة او اوصى لها بوصية
ثم تزوجها فانه يبطل لان ذا تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ كذا
في الكافي **قلت** هذا في الوصية مستقيم اما في الهبة فمشكل لما سيأتيك
في الوصايا ان هبة المريض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت الا انها في حكم
الوصية في حق الاعتبار من الثلث ومزاحمة اصحاب الوصايا في الضرب وجوابه
ان الهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها
وقعت موقع الوصايا لانها تبرع يتقرر حكمه عند الموت الا يرى ان من
عبدا في مرض موته لاجنبي وهو كل ماله وسلم صحت وكان ملكا للموهوب له
ثم اذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقا للورثة وفي الكل
حقا للغرماء وصارت كالمعلق بالموت فقوله لان ذا تمليك بعد الموت
معناه تمليك بعده اما حقيقة كما في الوصية او حكما كما في الهبة والله اعلم
قوله لقيام العدة قلت قيام العدة لا يورث التهمة الا من حيث انها
من آثار النكاح فكانت المعتدة كالمنكوحة والاقرار للمنكوحة مما يتهم فيه
فكذا للمعتدة التي هي في حكم المنكوحة ولكن يجب على هذا ان يتهم بالاقرار
في العدة وان كانت الطلقات الثلث في صحة الزوج ثم مرض فهي في العدة
قوله فلعله اقدم على هذا ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها **فان**
قلت كيف يصح الاقرار لها بالزيادة بعد الطلاق وامرأة المريض ترث
في العدة وان طلقها ثلاثا وقد فرضت المسئلة في العدة حيث قال
وهما متهمان لقيام العدة فالحال بعد الطلاق وقبلها سواء من حيث
ان الاقرار لها كما لا يصح قبل الطلاق لا يصح بعده ايضا لانها وارثة في الحالين
قلت مطلقة المريض انما ترث في العدة اذا طلقها بغير رضاها اما اذا طلقها
برضاها وسؤالها الطلاق فلا ترث بالاتفاق والمراد بقوله ومن
طلق زوجته في مرضه هو الطلاق بسؤالها يدل عليه قوله وهما متهمان اذ المرأة
انما تكون متهمة اذا رضيت الطلاق وسألته من الزوج فلعله اقدم على الطلاق
بسؤالها ليصح اقراره لها بالزيادة على ميراثها فيكون متهما في هذا الاقرار
فيكون لها الاقل لعدم التهمة في اقل الامرين على ان امرأة الفار انما ترث
اذا مات وهي في العدة اما اذا مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها فلعله
اقدم على الطلاق ليقر لها بالزيادة على ميراثها رجاء صحة هذا الاقرار بان

بعد

بعد انقضاء عدتها والاقرار لمن هو وارث وقت الاقرار وليس بوارث
وقت الموت جائز كمن اقر لاخ له وهو وارث ثم صار محجوبا بان ولد له ابن
او اسلم او اعتق جاز الاقرار وان كان الاخ وارثا عند الاقرار لانه لم يبق
وارثا عند الموت فكذا اذا اقر الفار لامرأته في العدة ثم مات والعدة
منقضية يجب ان يصح فيكون متهما في هذا الاقرار فيكون لها الاقل **قوله**
وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمتنع ثبوته من غيره وذكر الامام
فخر الاسلام انه لو قال لعبده ومثله يولد لمثله وهو معروف النسب من غيره
هذا ابني انه يعتق عملا بحقيقته لا بمجازه لان ذلك ممكن فالنسب قد يثبت
من زيد ويشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا في حق نفسه حتى ان الام
تصير ام ولد له اذا كانت في ملكه وامية الولد لا تثبت من غير ثبوت نسب
الولد من المولى وقد ذكرنا وجه التوفيق وحل الاشكال في اول كتاب
العتاق من هذا الكتاب فان رغبت فعليك به **قوله** ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين اي بالاب والام **قلت** هذا الذي ذكر من صحة اقرار الرجل
او المرأة بالام موافق لرواية التحفة وشرح الفرايض للامام سراج الدين
مخالف لعامة الكتب من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي
وغيرها ففي التحفة اما الاقرار بالوارث نوعان في حق النسب وفي حق
الميراث اما في النسب فمن الرجل يصح بخمسة بالوالدين وبالولد وبالزوجة
وبالولاء ومن المرأة يصح باربعة بالوالدين وبالزوج وبالولاء دون الولد
لان فيه تحميل النسب على الغير وفي المبسوط ان اقرار الرجل يصح باربعة
بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة واقرار المرأة يصح بثلثة بالاب
والزوج ومولى العتاقة دون الولد كذا في الشرح **قلت** والظاهر هو
ما ذكر في المبسوط من الاشارة الى عدم جواز اقرار الرجل والمرأة بالام
لان الاقرار بها لا يصح الا بتصديقها والتصديق منها يوجب تحميل النسب
على زوجها لانه لما ثبت بتصديقها انه ابنها او بنتها وهي فراش زوجها
ثبت نسبه من زوجها ضرورة ويمكن ان يوفق بين الروايتين بان ما ذكر
في المبسوط من عدم جواز الاقرار بالام محمول على ما اذا كانت الام ذات زوج
وما ذكر في التحفة محمول على ما اذا لم تكن ذات زوج ولكن يشكل بان المرأة
اذا لم تكن ذات زوج فاقرارها بالولد جايز ايضا انما لا يجوز ذلك منها
اذا كانت ذات زوج فلا وجه للحكم بصحة اقرارها بالام وعدم صحة اقرارها
بالولد مع انها اذا كانت ذات زوج فاقرارها بالولد لا يجوز وان كانت
فارغة فاقرارها به جايز كما ان الام اذا كانت ذات زوج فاقرارها بها

لا يجوز لعدم جواز تصديقها ح ولا بد من التصديق واذا كانت الام فارغة
فاقرارها بها جايز فالاقرار بكل من الام والولد جايز في حال دون حال
فلا وجه لتخصيص الام بالجواز والولد بعدمه ويمكن ان يقال المقر بالام
والام المصدق له انما يحملان النسب على زوجها اذا كان المقر مجهول النسب
ولا نسلم صحة التصديق من الام ولا صحة الاقرار من المجهول ح اما اذا كان
معروفا فلا تحميل فيصح التصديق منها والاقرار منه والمقر بالام يكون
معروف النسب غالبا فلا يكون في تصديق الام الزام النسب في الاغلب
بخلاف الاقرار بالولد المجهول النسب من المراة فانه الزام النسب على الغير
غالبا اذ المراة ذات زوج في الاغلب فلذا جوز الاقرار بالام ومنع
اقرار المراة بالولد نظرا الى الغالب في كل منهما **قوله** وليس فيه تحميل
النسب على الغير **فان قلت** بل في الاقرار بالام ذلك لانه لا بد من تصديقها
وفي تصديقها تحميل النسب على الزوج **اجيب** بان المسئلة هنا محمولة
على ما اذا لم تكن الام ذات زوج او المراد ثبوت الامية باقرار الشخص فيما
بينهما حتى يستحق ميراثها اذا لم يكن لها وارث معروف **وفيه نظر** لان
المسئلة لو كانت محمولة على ذلك او اريد ثبوت النسب فيما بينهما لا على الاطلاق
لم يكن لنفي صحة اقرارها بالولد وجه لصحة اقرارها بالولد اذا لم تكن المراة
ذات زوج كما يصح اقرارها بالام اذا لم تكن الام ذات زوج وعدم صحة
اقرارها بالولد اذا كانت المقرة ذات زوج كما لا يصح اقرارها بالام اذا كانت
الام ذات زوج فالاقرار بكل منهما جايز في حال دون حال فلا معنى لحكم
لصحة اقرارها بالولد وعدم صحة اقرارها بالام وايضا كما يصح اقرارها بالام
فيما بينهما يصح اقرارها بالولد فيما بينهما ايضا حتى يرث اذا لم يكن للمقر وارث
سواه فلا وجه لتخصيص الولد بعدم صحة الاقرار له فالوجه ما ذكرناه اولا
فعليك به **قوله** وكذا تصديق الزوجة لان العدة حكم النكاح اذ العدة
من اثار النكاح وهي باقية فجاز التصديق لبقاء النكاح فيكون لها المهر
والميراث كذا في الشرح **وفيه نظر** لان العدة معدومة حالة الاقرار
وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وتلك الحالة
ليست بحالة العدة فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار عدة ستحدث كما
لا يصح اعتبار الارث عند ابي حنيفة رح بعلة ان الارث معدوم حالة الاقرار
فلا يصح التصديق على اعتباره فالاولى ان يراد بحكم النكاح عدم جواز
التزوج بزوج اخر مثلا لا العدة لان العدة كالارث ولا يصح التصديق
عند ابي حنيفة بحكم الارث فكذا بحكم العدة ايضا اللهم الا ان يجعل

ما في الشرح

ما في الشرح على اختيار ابي يوسف ومحمد رح لان التصديق عندهما باعتبار
الارث صحيح فكذا على اعتبار العدة والله اعلم بالصواب **قوله** لان
النكاح انقطع بالموت **فان قلت** بل النكاح ينتهي بالموت حتى يتأكد
به المهر والمنتهي في حكم الباقي على ما عرف في غير موضع **اجيب** بان النكاح
وان كان ينتهي بالموت فلا شك ان الموت ينافي ابتداء النكاح حتى لا يتصور
النكاح بعد الموت فلا يمكن ان يحكم بثبوته عند التصديق مستندا الى اول
الاقرار اذ الشيء يثبت ثم يستند وبالجملة ان اعتبار التصديق يحتاج
الى تصور ابتداء النكاح وبالموت لا يبقى محلا له فلا يمكن اعتباره والله
اعلم

كتاب الصلح

وهو اسم بمعنى المصالحة وهو
خلاف المخاصمة وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب
والقبول وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج
الى قبضه والا لا يشترط معلوميته وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي
كذا في الكافي **قلت** الصلح كما يصح على الانكار يصح على الاقرار ايضا
ومعلوم انه اذا كان على الاقرار لا يرفع النزاع لارتفاعه بالاقرار فالتعريف
بانه عقد يرفع النزاع ليس بمنعكس فكانه تعريف نوع من الصلح وهو الصلح
على الانكار وانما خصه بالتعريف لانه الصلح حقيقة لوجود معنى الصلح
فيه وهو قطع المنازعة ورفع الخصومة اما الصلح على الاقرار فهو صلح
صورة وفي المعنى اما ابراء عن البعض او تاجيل او بيع
الصلح يتم بقول المدعي قبلت فيما اذا صالح عن الدراهم والدنانير على شيء
ولا يحتاج الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط بعض الحق واخذ الباقي
والاسقاط يتم بالمسقط فلا يكون ذلك عقدا اذ العقد هو الايجاب
والقبول نص به المصنف في كتاب الهبة حيث قال واما الايجاب والقبول
فلانه عقد والعقد يتم بالايجاب والقبول فلا يصدق على هذا الصلح
التعريف المذكور لانه ليس بعقد وقد اخذ العقد في التعريف فالاولى
ان يقال في التعريف الصلح ما يرفع النزاع عقدا كان او غيره ولكن يدخل
حينئذ فيه الاقرار فانه ايضا شيء يرفع النزاع اذا كان بعد الخصومة وايضا
لو باع المدعى عليه مع انكار او سكوت شيئا من المدعي بالمتنازع فيه يرتفع
النزاع بهذا البيع مع انه بيع وليس بصلح فالتعريف ليس بمطرد ايضا اللهم الا
ان يعتبر الحيثية فحيثية رفع النزاع معتبر في الصلح دون البيع وايضا
الصلح قد يكون اعتياضا وقد يكون اسقاطا والقبول انما يشترط في الاول
دون الثاني اذ الاسقاط لا يتوقف على القبول فلا وجه لجعل القبول ركن الصلح مطلقا

فكانه قصد الى بيان ركن الصلح الذى هو معاوضة وايضا البدل قد لا يكون
مالا فان عفو القصاص يصلح بدلا وانه ليس بمال فان من عفى عن هذا الدم
على ان عفى الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر جاز وايضا وقوع البراءة
عن الدعوى ليس بلازم للصلح فان الصلح على الاقرار لا يقع به البراءة عن الدعوى
فكانه قصد بيان حكم الصلح الذى عرفه بقوله عقد يرفع النزاع **قوله**
لاطلاق قوله تعالى والصلح خير **فان قلت** لا يصح التمسك بالاية فى تعميم
الصلح لان الاية سيقت فى الصلح بين الزوجين ثم ذكر الصلح معرفا بلام
العهد بعد ما ذكره منكرا وفى مثله يكون المذكور ثانيا عين الاول **قلت** قوله
والصلح خير كلام مستقل بذاته فلا يرتبط بسببه ولان الله تعالى اخرجه
مخرج التعليل لما رغب فيه من الصلح المشروع قبله اى صالحوا لان الصلح
خير والعلة لا تتقيد بمحل الحكم اما دعوى العهد فغير مسلم فى جميع الصور
بل قد يقع التخلف فى مواضع منها قوله تعالى وانزلنا اليك الكتاب
مصدقا لما بين يديه من الكتاب والكتاب الثانى غير الاول فلما تغايرا
بين المعرفتين فاولى ان يتغايرا فيما نحن فيه كذا فى الشرح **قوله** وهذا
بهذه الصفة اى يحل حراما ويحرم حلالا وذلك ان المدعى ان كان محقا
كان اخذ المال حلالا له وحرم بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال
على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل بالصلح بخلاف الصلح
على الاقرار لان بدل الصلح ما كان حراما على الاخذ وان كان من خلاف
جنسه بناء على اصله ان رب الدين اذا ظفر على مال المديون له ان ياخذه
وان كان خلاف جنس حقه كذا فى الكافى **قلت** اما قوله المدعى ان كان
محقا كان اخذ المال حلالا له وحرم بالصلح فنقول نعم يحرم بالصلح ولكن
كما يحرم المبيع على البايع بعد البيع ومثل هذا التحريم حلال بالاجماع
والصلح على الاقرار قد يتضمن هذا النوع من التحريم فانه اذا اقر بعين لرجل
ثم صالح معه على مال اخر صح اجماعا مع ان العين التى اقر بها للمدعى حل بالصلح للمقر
وقد كان حراما عليه قبله وعوضه كان حراما على المدعى وقد حل بالصلح
فلو كان مثل هذا التحريم والتحليل مبطلا للصلح لما صح الصلح على الاقرار ايضا
واما قوله وان كان مبطلا الى قوله وحل بالصلح فنقول المدعى اذا كان مبطلا
فى دعواه لا يحل له اخذ المال من المدعى عليه لا بالصلح ولا بالبينة الكاذبة
بل يجب عليه الامتناع عنه الا ان يراد بقوله وحل بالصلح انه حل له قضاء
وان كان لا يحل ديانة **قوله** وتاويل اخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم
حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة **قلت** الحرام لعينه لا يحتمل ان

بالصلح

بالصلح وكذا الحلال لعينه لا يحرم به بل الحرام كالخمر يبقى حراما بعد الصلح
كما كان حراما قبله والحلال كوطئ المنكوحة يبقى حلالا بعده كما كان
حلالا قبله فلا يكون الصلح على الخمر محللا له ولا الصلح على ان لا يطأ الضرة
محرما له فلا يتناوله الاستثناء اذ المستثنى انما هو الصلح المحلل والمحرم
فاما الصلح على الانكار اذا كان المدعى مبطلا فى دعواه فيحل فى القضاء
ما هو الحرام لان عين المدعى او بدله كان حراما عليه اخذه قبل الصلح
وحل بعده قضاء وان كان حراما ديانة فصلح مستثنى وبالجملة لو كان
المطلوب بالاستثناء اخراج نحو الصلح على الخمر او على ان لا يطأ الضرة
لقيل الا صلحا وقع على تمليك حرام او على الامتناع عن الحلال فكانه اراد
بصلح احل حراما صلحا يتضمن تمليك حرام سمى تمليك الحرام احلالا له لما
فيه من معاملة الحلال مع ذلك الحرام واراد بصلح حرم حلالا صلحا
يتضمن الامتناع عن الحلال سمى الامتناع عنه تحريما لما هو فيه من معاملة
الحرام مع ذلك الحلال **قوله** بعد دعوى صحيحة كانه اراد بصحتها ان لا تكون
باطلة فى مخرجها كدعوى ثمن الخمر او الخنزير او دعوى قيمته الا ان يكون
بحيث يجب على المدعى عليه جوابه فان الصلح عن الدعوى صحيح لقطع الشغب
وان كان يحتاج الى التصحيح لاستحقاق الجواب **قوله** وتفسده جهالة
البدل لانها هى المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
قلت قد لا تفسده جهالة البدل اذا كان مما لا يحتاج الى التسليم بان ادعى
حقا فى دار فى يد رجل وادعى المدعى عليه حقا فى ارض فى يد المدعى ولم يسميه
ثم اصطلحا على ان يترك كل منهما دعواه قبل صاحبه جاز وقد تفسده جهالة
المصالح عنه اذا احتيج الى تسليمه بان ادعى حقا فى دار فى يد رجل ولم يسميه
فاصطلحا على ان يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه للمدعى ما ادعاه
لا يجوز فالفساد يدور مع الجهالة المفضية الى المنازعة وهى الجهالة
فيما يحتاج فيه الى تسليمه وجودا وعدما سواء كان فى البدل او فى المصالح عنه
فكان ينبغى ان يقال وتفسده الجهالة المفضية الى المنازعة او الجهالة
فيما يحتاج فيه الى تسليمه ليتناول الجهالة المفسدة فى البدل والمصالح عنه جميعا
ولا وجه لتخصيص جهالة البدل بكونه مفسدا وجهالة المصالح عنه بكونه غير مفسد
مع استوائهما فى الافساد عند كونهما مفضيين الى النزاع وعدمه عند عدمه
فكانه اعتبر الغالب فالغالب فى جهالة البدل الافضاء الى المنازعة المفسدة
للعقد وعدم الافضاء اليه نادر والغالب فى جهالة المصالح عنه عدم الافضاء
اليها والافضاء اليها نادر والله اعلم **قوله** ويجوز ان يختلف حكم العقد

حسبى الله وحده
من الكتب التى وقفها الفقير
الى الله ربه ذى المواهب
محمد المدعو بعين الصدور ...
عفى عنه

في حقهما كمن اشترى عبدا اقر بحريته فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البايع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد كذا في الشرح هذا يشير الى ان العبد الذي اقر المشتري بحريته لم يدخل في ملك المشتري وقد ذكر الشارح في باب العبد يعتق بعضه عند قوله ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما ما يشير الى انه يدخل في ملك المشتري ثم يؤخذ باقراره حيث قال ان في مسئلة العبدين اذا اشتراهما رجل جاز وان كان عالما بحنث احد البايعين لان كل واحد يزعم انه بيع العبد وزعم المشتري قبل دخول العبد في ملكه غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد مولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق احدهما لان زعمه معتبر الان لحصولهما في ملكه ويؤمر بالبيان وكذا لو اقر باعتاق البايع ثم ملكه عتق عليه باقراره الى هنا لفظه والله اعلم

قوله لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فان قلت اذا ادعى دارا وانكر ذو اليد ودفع المدعي شيئا الى ذي اليد بطريق الصلح واخذ الدار منه ثم استحقت الدار فان المدعي لا يرجع بما دفع الى المدعى عليه مع انه انما دفع اليه لقطع خصومته فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فينبغي ان يسترد ما دفعه اليه كما لو دفعه المدعى عليه الى المدعي لاجل ذلك المعنى قلت الفرق بينهما ان صحة الصلح مبنية على زعم المدعي ففيما اذا دفع المدعى عليه شيئا الى المدعي ليستبقي الدار لنفسه فالمدعي يقول لي بايع الدار بهذه الدراهم فاذا استحقت كان للمدعى عليه ان يرجع كما للمشتري ذلك فاما في تلك المسئلة ففي زعم المدعي ان ما دفعه ليس بواجب علي لاني اخذت ملكي فكان متبرعا فيما اعطى فلا رجوع للمتبرع بسبب الاستحقاق وفرق اخر ان المدعى عليه مضطر في الدفع لقطع الخصومة لانه دفع ضرورة فيتقدر بقدرها فلما لم ينقطع الخصومة بظهور الاستحقاق زالت الضرورة فرجع المدعى عليه الى اصل ماله فاما في تلك المسئلة فالمدعي في دعواه على خبرة فلما دفع باختياره لم يظهر عدم الاختيار عند ظهور الاستحقاق فلا يسترد ما اعطاه كذا في الشرح

قلت المدعي وان كان متبرعا في زعمه فيما يعطيه فالمدعى عليه انما يأخذ عوضا عما في يده والمرء مأخوذ بزعمه فينبغي ان يجب عليه رده عند استحقاق ما دفع الى المدعي عند طلبه كما اذا اشترى عبدا اقر بحريته فانه فداء في حقه ولكنه اذا استحق من المشتري يرجع بما ضمن على البايع مع انه متبرع لما اخذ عوضا وجب عليه رده عند استحقاق المبيع وكما ان المدعى عليه مضطر في دفع المال الى المدعي دفعا للدعوى عن نفسه

فالمدعي

فالمدعي مضطر الى دفع المال الى المدعى عليه تخليصا لماله عن يده كمعير الرهن اعتبر مضطرا في اداء الدين لاحتياجه الى تخليص ماله عن يد المرتهن حتى يرجع به على الراهن المستعير قوله فبقي العوض على يده غير مشتمل على غرضه اي غرض المدعى عليه لان غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها وقد ظهر خصم اخر غير المدعي وهو المستحق كذا في الشرح

قلت بل الغرض من الصلح هو دفع خصومة المدعي فاما ان لا يخاصم خصم فيها فليس ذلك من غرض المصالحة مع المدعي اصلا كيف والمصالحة مع المدعي لا يصلح دافعا لخصومة غيره حتى يصلح ذلك عوضا وذلك ظاهر فالاوجه ان يقال الغرض من الصلح هو دفع خصومة المدعي وهذا الغرض لا يبقى عند الاستحقاق لان دفع الخصومة يستدعي توجهها وبالاستحقاق لا تبقى متوجهة اليه فلا يسلم دفعها له والغرض هو الدفع فيسترد ما دفعه اليه لفوات غرضه قوله لان المبدل هو الدعوى وقد يقال ان الدعوى ليس بمال ولا يؤول مالا بحال وما هذا شانه لا يصح الاعتياض عنه الا يرى ان الاعتياض عن حق الشفعة باطل وعلل الشارح هناك بانه ليس بمال ولا يؤول مالا بحال فالاعتياض عنه بالمال لا يجوز فهذا منه اشارة الى ان الاعتياض لا يصح الا عن المال او عما يؤول مالا وايضا الاعتياض عن الدعوى لو كان صحيحا لصح عن دعوى حق الشفعة لانه دعوى صحيحة كدعوى المال ثم قد اشير في المبسوط في مسئلة الصلح عن الكفالة بالنفس الى ان الصلح لا يصح الا عما يملكه المدعى عليه بالصلح حيث قال وهذا الصلح باطل لانه باسقاط حق الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا ولا يخفى ان الدعوى لا تصير حقا للمدعى عليه ولا يسلم له فلا يصح الاعتياض عنه فكيف يكون مبدلا وايضا الدعوى لو جعل مبدلا فلا يخلو اما ان يجعل في حق المدعي او المدعى عليه لا سبيل الى الاول لان المدعي يأخذ بدلا عما يدعيه من الحق لا بمقابلة دعواه حتى يجري فيه الشفعة لو كان بدل الصلح عقارا ولانه معاوضة مال بمال ولو كان بدل الدعوى لما جرى الشفعة لما انه لا يجري الا في البيع او في معناه ولا الى الثاني لان الصلح في حق المنكر رشوة لدفع الخصومة وليس بمعاوضة فظهر ان قوله المبدل هو الدعوى معدول به عن ظاهره كانه سماه مبدلا تسامحا قوله وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار الى آخره اي باع المدعى عليه شيئا معينا من المدعي بالمدعى بان ادعى رجل دارا مثلا فانكر المدعى عليه ثم قال بعت منك

هذا العبد مثلا بهذه الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعى على المدعى عليه
بالدار لان الاقدام على البيع اقرار منه بان المدعي محق في دعواه والحكم
في البيع كذلك في الاستحقاق في الفصلين اي فصل الاقرار وفصل الانكار
على ما قدمناه في البيوع وفيه اشكال لما ذكر في الكافي في فصل الاستحقاق
حيث قال فلو اشتراه او ساومه فاستحقه ابوه وقد قبضه او لم يقبضه
ورجع المشتري بالثمن على بايعه ثم مات الاب فورثه لم يعد البيع لانتقاض
البيع بينهما برجوعه بالثمن وسلم له الثوب بحكم الارث ولا يؤمر بدفعه
الى البايع وان صار مقرا بالاقدام على الشراء على انه ملك البايع ومن
اقر بعين لانسان ثم ملكه يؤمر بدفعه الى المقر له لان الاقرار لم يوجد
صريحا وانما يثبت في ضمن الشراء فيبطل ببطلان الشراء الا اذا اقر صريحا
عند الشراء او عند المساومة انه ملك البايع ثم وصل اليه الثوب من ابيه
بالارث فيؤمر بتسليمه الى البايع هذا كلامه ووجه الاشكال ان الاقرار
الذي هو في ضمن البيع اذا كان يبطل ببطلان البيع وجب ان لا يرجع
في هذه المسئلة بالمدعى لان رجوعه انما يكون بعد بطلان البيع اما
بمجرد الاستحقاق كما جاء في بعض الروايات وبفسخ المستحق او بقضاء
القاضي كما هو ظاهر الرواية فاذا بطل البيع قبل الرجوع بطل الاقرار
الذي في ضمنه فوجب ان لا يرجع بالمدعى بل بالدعوى وكيف يرجع
بالمدعى فانه لو رجع به لبطل الرجوع من حيث يثبت لان الرجوع يبطل
الاقرار ضرورة انه يبطل البيع الذي هو في ضمنه فاذا بطل الاقرار بطل
الرجوع المبني عليه وبالجملة ان الاقرار متى ثبت في ضمن البيع يبطل
اذا بطل البيع لان بطلان المتضمن يوجب بطلان المتضمن صرح بهذا
الاصل في شرح الزيادات وبني عليه كثيرا من المسائل واصل اخر
ان الشراء ونحوه اقرار بالملك للاخر ظاهرا اذ الظاهر ان التصرف
لا يوجد الا من المالك الا ان الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق
حتى ان من اشترى طيلسانا ثم ادعى انه كان لابيه يوم اشتراه وان
اباه مات امس وتركها ميراثا له لم يسمع دعواه لانه بالاقدام على الشراء
صار مقرا ظاهرا ان البايع كان مالكا للطيلسان فصلح هذا الظاهر
دافعا لدعواه ولا يصلح للاستحقاق حتى انه لو ادعى ابوه الطيلسان وقضى
له ثم مات الاب وورثه المشتري سلم له ولم يكن للبايع عليه سبيل لان
الاقرار بملك البايع ثابت ظاهرا وهو لا يصلح للاستحقاق وذكر
في الكافي ان الوكيل بالخصومة في عبد اذا ادعى العبد فبرهن المدعى عليه

انه ساومه

انه ساومه منه عند القاضي بطلت خصومة الوكيل وخصومة الموكل
لان اقرار الوكيل بالخصومة في مجلس القضاء ينفذ على الموكل ولو اثبت بالبينة
انه ساومه في غير مجلس القضاء بطلت خصومة الوكيل فقط ولو وصل العبد
الى الوكيل يوما لا يؤمر بدفعه الى المدعى عليه لان الاقرار دلالة يصلح للدفع
لا للاستحقاق عليه وكذا لو برهن المدعى عليه ان الوكيل استوهبه او استعاره
واستودعه فالجواب ما مر هذا كلامه فقد اشار الى اصلين احدهما
ان الاقرار الثابت في ضمن شيء يبطل ببطلانه والثاني ان الاقرار دلالة
يصلح للدفع لا للاستحقاق فيجب ان لا يرجع المدعي على المدعى عليه اذا باع منه
على الانكار شيئا ثم استحق المصالح عليه لانه وان اقر بالمدعى للمدعي فقد اقر
في ضمن البيع دلالة وقد بطل البيع بالاستحقاق فيجب ان يبطل الاقرار الذي
في ضمنه على ان الاقرار دلالة لا يصلح للاستحقاق والحاجة هنا الى استحقاق
المدعى لا الى الدفع نعم ذكر هشام عن محمد في زيادات النوادر ان من ساوم
رجلا بشيء ثم اشترى ذلك الشيء من غيره وقبضه فللاول ان ياخذ من يده
لانه لما ساومه فقد اقر له به الا ان الصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لان
الاقرار الثابت بطريق الظاهر لا يصلح للاستحقاق فمسئلة الصلح
على ظاهر الرواية مشكلة اللهم الا ان يثبت في هذه المسئلة روايتان
ثم الاولى ان يبنى ثبوت حق الرجوع الى المدعى في صورة البيع مع الانكار
على اصل اخر وهو ان عقد المعاوضة يقتضي المساواة بين المتعاقدين فمتى بطل
الملك لاحدهما في احد العوضين بالاستحقاق بطل ملك الاخر في العوض الباقي
تحقيقا للمساواة والمدعى عليه لما نص على بيع العبد مثلا بالدار المتنازع فيه
فقد تلقى الملك في الدار من قبل المدعي بمقابلة العبد فلما بطل ملكه في العبد
بطل ملك المدعى عليه في الدار فيعود الى ملك المدعي فيؤمر بالتسليم اليه لا بحكم
الاقرار بالملك الذي ثبت في ضمن البيع بل باعتبار عود ملكه فيه وتحقيق
المساواة التي يقتضيها عقد المعاوضة وغاية ما يمكن في الحل عن الاشكال
المذكور ان يقال ان الاقرار الثابت في ضمن الاقدام على الشراء بحكم الظاهر
اقرار ضروري فيعتبر اذا لم يتبدل الملك في المال الذي اقر به كما في مسئلتنا
ولا يعتبر اذا تبدل كما اذا اشترى شيئا فاستحقه ابوه ورجع بالثمن على البايع
ثم مات ابوه وورثه المشتري ووصل اليه ذلك المشترى فانه لا يؤمر برده
الى البايع وان صار مقرا له بالشراء منه لانه اقرار ضروري ثابت بحكم الظاهر
فلا يعتبر اذا تبدل الملك وقد تبدل هنا حيث ذهب الى ابيه بالاستحقاق
ثم وصل اليه بالارث وتبدل الملك كتبدل العين ولو كان عين اخر لم يؤمر برده

بحكم ذلك الاقرار وهذا كانه عين اخر فلا يؤمر بالرد الا باقرار صريح والله
اعلم **قوله** وان ادعى حقا فى دار لم يبينه فصولح من ذلك واعترض بانه
ينبغى ان لا يصح الصلح لان من الحقوق ما لا يصلح الصلح عنه كحق الشفعة
وجوابه انه ادعى هنا حقا فى المحل حيث قال لى فى هذه الدار حق ولا يتناول
حق الشفعة لانه حق التملك ولا حق للشفيع فى المحل قبل التملك كما سيأتيك
التصريح به فى الكتاب وقد اجيب بان اقدامه على الصلح مشعر بانه يدعى
حقا فى عين الدار اذ الصلح عن حق الشفعة لا يجوز وقد تقدم والدار دار
الاسلام واشتهار الاحكام فكان عالما بان الصلح عن حق الشفعة لا يجوز وقد
اقدم على الصلح فتبين ان ذلك الحق هو حق يصلح الصلح عنه كذا فى الكافى **وفيه**
نظر لما مر فيه فى اول البيوع انه لا علم للعوام بالاحكام حيث قال ومن باع
صبرة طعام كل صاع بدرهم صح فى صاع واحد عند ابى حنيفة رح ويخير
المشترى لتفرق الصفقة عليه لا يقال ينبغى ان لا يخير لعلمه بانصراف
البيع الى قفيز واحد على اعتبار الجهل بعدد القفزان لان انصراف البيع
الى قفيز واحد مجتهد فيه ولا علم للعوام بالاحكام خصوصا فى المسائل الاجتهادية
هذا كلامه وانه تصريح بعدم علم العوام فى الاحكام وان لم يكن مجتهدا فيه
وان كان بالطريق الاولى وكون الدار دار الاسلام واشتهار الاحكام
لا يوجب الا العلم بالاحكام التى تشتهر فى دار الاسلام وهى الاحكام
التى هى من امهات الدين كالعلم بافتراض الصلوة والصوم والزكوة
والحج والجهاد مما بنى الاسلام عليه وامتناع الصلح عن حق الشفعة من المسائل
الخفية التى قلما يعلمه الخواص من الناس فضلا عن العوام **قوله** لان ما قبضه
من عين حقه وهو على دعواه فى الباقى يعنى ان الصلح بقبض عين حقه
اخذ للبعض واسقاط للباقى فيصح فيما صح الاسقاط وهو الديون اما
العين فلا يصح الابراء عنه فيكون على دعواه فى الباقى وفى ظاهر الرواية
يصح الصلح لان الابراء لاقى عينا ودعوى فان المدعى كان يدعى الجميع والابراء
عن الدعوى صحيح وان كان عن العين لا يصح فان من قال ابرأتك عن دعوى
هذا العين صح الابراء حتى لو ادعاه بعد ذلك لا يسمع وفى المنتقى رجل
ادعى دارا فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواى فى النصف
الباقى او برئت من النصف الباقى ولا حق لى فى النصف الباقى ثم اقام
البينة على جميع الدار لا يقبل ولو قال صالحتك على نصفها على ان ابرأتك
عن دعواى فى الباقى ثم برهن كان له ان يأخذ الدار كلها فكان الاختلاف
فى مسئلة الصلح عن بعض الدار انه هل يسمع بينة فى جميعها مبنى على انه لو قال

ابرائك

ابرأتك عن دعوى هذا العين هل يسمع بينته بعد ذلك فمن قال يسمع يقول
بذلك فى الصلح ايضا لانه فى معناه ومن قال لا يسمع لا يقول به فى الصلح
ثم المصنف رح تعرض لذكر البراءة فى قوله ويلحق ذكر البراءة عن دعوى الباقى
بان يقول قد برئت من هذه الدار او برئت عن دعواى فى هذه الدار
دون الابراء لما انه لو قال ابرأتك عن هذه الدار وعن خصومتى فى هذه الدار
فهو باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين ابرأتك
فان فى قوله ابرأتك انما ابرأه من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبدا
فى يد رجل قال له رجل برئت منه كان بريئا ولو قال ابرأتك منه كان له
ان يدعيه وانما ابرأه من ضمانه والله اعلم **فصل** **قوله**
لانه فى معنى البيع هذا ان صالح عن مال بمال اما ان صالح عن مال بمنافع
معلومة كان ذلك اجارة فكان عليه ان يقول لانه فى معنى البيع او الاجارة
الا ان الغالب فى الصلح عن الاموال هو ان يكون المصالح عليه مالا فتعرض
للبيع دون الاجارة **قوله** والمنافع بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية
من رب الدار بعد موته او اقر به فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز اخذ العوض
عنها بالاجارة فكذا بالصلح كذا فى الكافى وهو مشكل لما سيأتيك التصريح
به فى كتاب الوصية انه ليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار
لان الوصية تمليك بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة الى اخر
ما ذكر فى الكتاب من تحقيق المسئلة وجوابه ان الموصى له بالمنفعة شبيها
بالمستأجر لان ملك كل منهما لازم وشبيها بالمستعير لان كلا منهما يملك المنفعة
بلا عوض فتشبيهه بالمستأجر يوجب صحة الاجارة والصلح جميعا وشبهه بالمستعير
يقتضى عدم صحتهما فصححنا الصلح ولم نصحح الاجارة عملا بالشبهين ولم نعكس
لان الصلح اجارة من وجه دون وجه اما اذا كان عن انكار فظاهر واما
اذا كان عن اقرار فلانه اجارة معنى لا صورة فلو جوزنا الاجارة من كل وجه
لزمنا القول بجواز الصلح الذى هو اجارة من وجه ايضا فلم يكن عملا بالشبهين
والمراد بقوله لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة هو الاخذ فى الجملة لا فى هذا
المحل وجواز الاخذ فى الجملة يكفى لصحة الصلح ههنا على ما بينا وتقرير اخر
ان الموصى له بالمنفعة لما اخذ شبها بالمستأجر والمستعير دار الاجارة
والصلح كلاهما بين الصحة والفساد والصلح اذا دار بينهما يحكم بالصحة بخلاف
سائر العقود صرح به فى الذخيرة فى الفصل العاشر من كتاب الوكالة
فلذلك جوزنا الصلح عن المنفعة الموصى بها دون الاجارة ثم ذكر فى الذخيرة
فى الفصل الحادى والعشرين من كتاب الحيل قال هشام قلت لابى يوسف رح

مانقول فی رجل وصی بخدمة عبده سنة فمات فاراد الوارث ان یشتری من الموصی له
وصیته فی العبد قال لا یجوز لان حق الموصی له لا مالیة له بدلیل انه یبطل بموته
فانه اذا مات لا یورث حق وصیة والبیع یرد علی ماله مالیة والحیلة فیه ان یصالح
الوارث الموصی له من وصیة علی دراهم مسماة یدفعها الیه فیجوز ویبطل حق صاحب
الخدمة ویصیر العبد للوارث یصنع به ما بدا له من بیع او غیره وینبغی ان لا یجوز
هذا الصلح لانه وقع علی خلاف جنس حقه فیعتبر معاوضة وتملیکا وتعذر
اعتبار هذا الصلح تملیکا لان الموصی له ملک خدمة العبد بغیر عوض ومن ملک
منفعة الشیء بغیر عوض لا یملک التملیک من غیره بعوض کالمستعیر والجواب ان
الصلح متی تعذر اعتباره تملیکا فانه یعتبر اسقاطا من کل وجه فیعتبر هذا الصلح
اسقاطا لحقه واسقاط الحق عن منافع یستحقها الانسان جایز کما فی الشرب
والطریق فصار کان الموصی له قال اسقطت حقی فی الخدمة بکذا فیسقط حقه
فیها یدل علیه انه لو اوصی بسکنی داره سنة او ابدا ثم ان احد الورثة صالح
مع الموصی له عن حقه علی سکنی دار اخر شهرا یجوز وان کان تملیک السکنی بالسکنی
لا یجوز ومع هذا صح الصلح وعن هذا قلنا ان احد الورثة اذا صالح الموصی له
عن حقه بمال ان ذلک الحق لا یسلم لهذا الوارث المصالح خاصة بل یکون
بین الورثة علی فرایض الله تعالی لان الموصی له بالصلح ترک حقه فعاد حکم الارث
وکذلک لو اوصی بالجنین فان اشتری ابن المیت ذلک الجنین لا یجوز وان
صالح منه یجوز وطریق الجواز ان الموصی له ترک حقه فی الجنین بالصلح وملک الورثة
الجنین لملکهم الظرف وهی الامة هذا کلامه وقول المصنف رح لانها تملک
بعقد الاجارة فکذا بالصلح یشیر الی ان الوارث اذا صالح مع الموصی له بخدمة عبد
او بسکنی دار علی دراهم مسماة یملک المنافع الموصی بها وانه یشکل بما ذکر انه
لو کان تملیکا للمنافع لم یصح الصلح بجنسها من المنافع لامتناع تملیک المنافع
بجنسها ولکان الوارث المصالح احق بها من غیره ولیس کذلک ثم هذا اذا
ادعی المنفعة بالوصیة اما اذا ادعی بالاستیجار فالصلح علیها باطل لان الصلح
فی معنی الاجارة والاجارة من المالک فسخ للاجارة الاولی فیکون هذا الصلح
فسخا للاجارة فلا یصح اخذ العوض له **قوله** ما صلح مسمی فیه ای فی النکاح یصلح
هنا الا علی العکس فان عفو القصاص یصلح بدلا عن القصاص ولا یصلح مسمی
فی النکاح ذکر فی المبسوط ولو صالحه علی ان عفی عن هذا الدم علی ان عفی
الاخر عن القصاص له قبل رجل اخر کان جایزا وعفو القصاص لا یصلح مسمی
فان قلت ما وجه الفرق **قلت** ففی القصاص ان کل واحد منهما اسقط
حقه من القود وکل منهما متقوم صالح للاعتیاض عنه حتی صلح المال عوضا عن القصاص

فیجوز

فیجوز ان یجعل احدهما عوضا عن الاخر لکونه متقوما بخلاف النکاح حیث
لا یصلح القصاص ان یکون صداقا لان الشرط فی الصداق ان یکون مالا
قال الله تعالی ان یبتغوا باموالکم والقصاص لیس بمال وفی الصلح ان یکون
ما استحق بالصلح متقوما وذلک موجود فی القصاص علی ما قررناه کذا
فی الشرح وذکر المصنف رح فی کتاب الشفعة فی مسئلة ولا شفعة فی دار
تزوج الرجل علیها ان الدم غیر متقوم وعلل بان القیمة ما یقوم مقام غیره
فی المعنی الخاص وهو المالیة ولا یتحقق فیه هذا لفظه وبهذا صرح الشارح
فی اول الجنایات حیث قال واما القصاص فلیس بمال فصلا عن التقوم
فلا یجب الضمان علی العافی وهکذا ذکر فی باب الاستیلاد من کتاب العتاق
حیث قال اذا مات من له القصاص وهو مدیون فلیس لارباب الدیون
ان یاخذوا من علیه القصاص بدینهم لان القصاص لیس بمتقوم
حتی یاخذوا بمقابلته شیئا متقوما والله اعلم بالصواب ثم قد صرح
فی الکافی فی مسائل الشرب بان ما لا یملک بشیء من العقود فالصلح
علیه باطل حتی لا یصح الصلح علی الشرب لانها لا تملک بشیء من العقود
والیه اشار المصنف رح هناک وسیجیء ولا یخفی ان عفو القصاص
مما لا یملک بشیء من العقود کالشرب فینبغی ان لا یصح الصلح علیه
کما لا یصح علی الشرب ثم لا شک ان قوله حتی ان ما صلح مسمی فیه صلح
هنا خرج تاییدا لکون الصلح عن القود ملحقا بالنکاح ولا یخفی
ان الحاقه به انما یتحقق اذا تحقق العکس ایضا والا فمتی صلح الشیء
عوضا عن القود ولا یصلح مهرا لم یکن الصلح ملحقا بالنکاح بل بعقد
اخر اذ لا معنی لالحاق الصلح بعقد سوی اجراء جمیع احکامه فیه
فاذا خالف فی بعض الاحکام لم یتحقق الالحاق **قوله** الا ان عند فساد
التسمیة بان کانت مجهولة جهالة فاحشة بان صالح علی ثوب غیر معین
قوله یصار الی الدیة لانه موجب الدم ذکر فی البزدوی فی بحث الامر المطلق
قال ابو یوسف ومحمد رحمهما الله فی المهر اذا دخلا وان التخییر ان کان
مفیدا اوجب التخییر واذا لم یفد مثل الف والفین لزمه الاقل لان النکاح
لما لم یفتقر الی التسمیة اعتبرت التسمیة بالاقرار بالمال منفردا او بالوصایا
وبدل الخلع والعتق والصلح عن دم العمد وقال ابو حنیفة رح یصار
الی مهر المثل لان الثابت بطریق التخییر غیر معلوم الا بشرط الاختیار
فلا یقطع الموجب المتعین بخلاف الخلع والعتق والصلح عن القود لانه
لا یعارضه موجب متعین لانه جایز بغیر عوض فاما النکاح فلا ینعقد الا

بمهر المثل

الى هنا كلامه وبهذا يشكل قوله يصار الى الدية لانه موجب للدم
ويشكل الفرق بين ما اذا صالح عن القود على ثوب وبين ما اذا صالح
على الف والفين وايضا الدية لما كانت موجبا للدم لوجبت فيما اذا
صالح على خمر كما يجب مهر المثل اذا تزوجها على خمر او خنزير فكانه اراد
بالموجب البدل والعوض اى لان الدية بدل النفس عند تعذر القصاص
فاذا ذكر فى الصلح مالا متقوما لا يمكن ايجابه لاجل الجهالة بان صالح
على ثوب مثلا صرنا الى الدية لانه لم يرض بسقوط حقه مجانا ولا يمكن
ايجاب المسمى للجهالة فاوجبنا ما هو عوض النفس عند تعذر القصاص
دفعا للغرور بخلاف ما اذا لم يذكر المال بان صالح على خمر مثلا لانه
رضى بسقوط حقه مجانا فلا يصار الى الدية اذ العفو عن الدم مجانا
جائز قوله اما القصاص فملك المحل فى حق الفعل فصح الاعتياض عنه
ظاهر هذا يخالف ما ذكره المصنف فى كتاب الجنايات حيث قال
والقصاص ملك الفعل فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء اما المحل خلو
عنه اى عن الملك فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق
فى المحل الى هنا لفظه ووجه المخالفة ظاهر وسيأتيك تحقيقه فى الجنايات
وفى الكافى لا يقال اذا قطع يمين انسان ثم قطع يمين آخر يجب القصاص
للثانى كما وجب للاول ولو ظهر اثر الاستحقاق فى المحل لما وجب للثانى
لان المحل اذا صار مستحقا لشخص لا يصير مستحقا لشخص آخر من بعد
لانا نقول بان المحل ما صار مملوكا له على الاطلاق انما صار مملوكا له
فى حق الفعل بقيمه فقط وظهور الحق فى المحل فى حق فعله لا ينفى ظهور
الحق فى حق فعل آخر هنا كلامه قلت كما ان ثبوت الملك لواحد على الاطلاق
ينافى ثبوت ملك آخر لتعذر ثبوت الملكين فى محل واحد فى زمان واحد
كذلك ثبوت الملك لواحد فى حق فعل خاص ينافى ثبوت الملك لغيره فى ذلك
الفعل بعينه اذا لم يتصور الفعلان فى ذلك المحل ولا يخفى ان القطعين
لا يمكن اجتماعهما فى يد واحد فاذا ثبت الملك لواحد فى حق القطع يجب
ان لا يثبت لغيره فى ذلك الفعل لتعذر اجتماع الفعلين فى محل واحد وغاية
ما يمكن ان الفعلين وان تعذر اجتماعهما وقوعا فالمحل يقبل كلا منهما
على البدل وتصور كل منهما يكفى لظهور الملك فى حقهما غير ان احدهما اذا
استوفى بالقصاص يقضى للآخر بالدية قوله واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة
باتفاق الروايات لانها تبطل بالاعراض والسكوت وقد يقال انها انما تبطل
والسكوت قبل تأكد حقه بالطلبين طلب المواثبة والاشهاد واما بعد التأكد

بهما فلا تبطل بالسكوت والاعراض فينبغى ان لا يبطل بالسكوت حقه
فى الشفعة كما لو اصطلحا على ان يأخذ بيتا منها بعينه بما يخصه من الثمن وسلم
الشفعة فى الباقى بطل الصلح لجهالة الثمن فان الحصة لا تعرف الا بالظن
ثم ان كان الصلح قبل تأكد حقه بالطلبين بطل حقه فى الشفعة وان
كان بعده كان على شفعته فى جميع الدار لانه انما سلم الشفعة فى الباقى
بعد تأكد حقه بشرط ان يسلم له البيت فاذا لم يسلم لم يصح التسليم فالحكم
ببطلان حقه فى الشفعة فيما اذا صالح عنه بمال مطلقا مشكل وجوابه
ان الصلح عن حق الشفعة على مال صلح باطل لانه مما لا يصح الاعتياض
عنه فكان بمنزلة العدم والمعدوم لا يصلح متضمنا لشئ فصار كانه
سلم الشفعة من غير صلح اما الصلح عن بيت بعينه بما يخصه من الثمن
ففاسد لا باطل فيكون تسليما فى ضمن عقد الصلح فيكون مشروطا بسلامة
العوض له فمتى لم يسلم لم يسقط حقه اما الباطل فلما كان كالمعدوم جعل
كان التسليم وجد من غير اشتراط سلامة العوض له فتعليل المصنف رح
بقوله لانه يبطل بالاعراض والسكوت اما تعليل جزئى او المراد به
التسليم على عموم المجاز قوله فلان موجبهما المال فيصير بمنزلة البيع
كانه اراد ان المال صار موجبا له من حيث ان القصاص لا يجب فيه بحال
والا فقد صرح فى المعا قل ان الواجب الاصلى فى الخطاء هو المثل
والتحول الى القيمة بالقضاء وسيأتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى قوله
وفى جانبها بدلا للمال لدفع الخصومة وفى الكافى وفى حقها لدفع الخصومة
والشغب وتخليص النفس عن الوطئ الحرام وفيه نظر لانها لو لم تصالح الزوج
لم يتمكن من وطئها الا باقامة البينة عند ابى حنيفة وبها وبالاباء بيمين
عندهما وقد عرف من مذهب ابى حنيفة رضى الله عنه ان القضاء بشهادة
الزور نافذ ظاهرا وباطنا حتى حل له الوطئ عنده لقول على رضى الله عنه
شاهداك زوجاك فلا يتصور عنده الوطئ الحرام حتى يكون بذل المال
لتخليص نفسها عنه وعندهما القضاء ان كان لا ينفذ باطنا حتى لا يحل
له الوطئ فلا يحرم التمكين على المرأة اذا امرها القاضى به بل يجب عليها التمكين
اطاعة لامر القاضى فالتمكين لا يحرم عليها بالقضاء بشهادة الزور لكونها
مجبورة عليه شرعا ومن المحال ان تجبر على التمكين شرعا ثم تؤاخذ به انما
يظهر اثر نفاذ القضاء فى الباطن وعدم نفاذه فيه فى حق الرجل قوله
فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة اذ لا يسلم له شئ من هذه الفرقة وانما
المرأة هى التى تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا فى الكافى وفيه نظر

لان الاجنبي اذا قبل بدل الخلع للمرأة جاز ولزمه البدل مع انه لا يسلم له شيء
في هذا الخلع انما المرأة هي التي تسلم لها نفسها فعلم ان عدم سلامة شيء لا ينافي
قبول المال في الخلع وان سلامة شيء له فيه ليس بشرط لصحته **قوله**
وقالا ابو يوسف ومحمد رح يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه
منشأ الاختلاف راجع الى ان المال الذي وقع عليه الصلح بمقابلة العين
المستهلكة او مثلها عند ابي حنيفة رض وبمقابلة قيمة المغصوب عندهما
ويرد على ابي حنيفة رح ان الصلح على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز
ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد المغصوب لجاز لان الطعام
في الذمة بمقابلة العبد يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون مبيعا وجوابه
ان العبد المستهلك والثوب المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف
على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام هذا لو جعل بدل الصلح
بمقابلة عين المغصوب اما لو جعل بمقابلة مثله كما هو الطريق الثاني لابي حنيفة
فالامر اظهر لان مثل المغصوب دين حقيقة والدين بالدين حرام الى هذا
اشير في الشرح ويرد عليه ايضا ان الصلح في باب الاموال حكم البيع وبيع
عين المغصوب من الغاصب بعد الاستهلاك لا يجوز فكذا الصلح
وجوابه ان البيع انما لا يجوز من الغاصب ابتداء لانه بعد الهلاك
ليس بمال اما الصلح فيمكن تصحيحه بطريق اسقاط الملك وما ياخذ
من العوض يكون بازاء اسقاط الملك وصحة الاسقاط لا يستدعي المالية
والتقوم الى هذا اشير في الشرح ايضا **وفيه نظر** لان الصلح عن العبد
المستهلك لو كان اسقاطا للملك لا معاوضة لكان ينبغي ان يصح الصلح
عنه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لانه انما لا يصح باعتبار لزوم بيع الدين
بالدين فاذا لم يكن في هذا الصلح معنى المعاوضة لم يلزم ذلك فيجب ان يصح
والمسئلة بخلافه فكما ذكرنا وايضا كما لا يبقى المالية بعد الموت لا يبقى
الملك ايضا لما عرف ان الموت منه للملك ولا يمكن اسقاط الملك حيث
لا ملك ولئن قيل ان الموت منهي للملك والمنتهي في حكم الباقي قلنا
فالمالية ايضا منتهي بالموت فيكون في حكم الباقي الا ان يقال مبنى البيع
المضايقة فلا يكتفى له بالمالية الباقية بعد الموت حكما اما الصلح فمبناه
على المسامحة والغرض منه قطع الخصومة فجاز ان يكتفى فيه بالملك الباقي
حكما ويرد على ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الصلح على طعام موصوف
في الذمة حالا يجوز اذا قبضه في المجلس ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لان
الطعام اذا قوبل بالدراهم يكون مبيعا وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز

الا بطريق السلم وجوابه ان القيمة ان كانت ثمنا في نفسها فلها حكم المبيع
في باب الصلح حتى يتعين فيه ويبطل بتصادقهما على عدم وجوبها كما يبطل
البيع بهلاك المبيع فلما كانت مبيعا من وجه كان الطعام الموصوف في الذمة
ثمنا من وجه فيصح الصلح اذا قبضها في المجلس وشرط القبض لئلا يكون
افتراقا من دين بدين ثم قد اشير في الذخيرة الى انه اذا صالح عن الف درهم
درهم
على طعام موصوف حالا وقبضه في المجلس جاز حيث قال اذا صالح عن الف
على طعام موصوف في الذمة مؤجلا وغير مؤجل وتفرقا قبل القبض
فهو باطل لان هذا افتراق عن دين بدين فهذا الحكم التقييد بقوله وتفرقا
قبل القبض والتعليل بقوله لان هذا افتراق عن دين بدين يشير الى ما ذكرنا
كما لا يخفى ذلك على الفطن فهذا يدل على ان جواز الصلح عن العبد المستهلك
على طعام موصوف مقبوض ليس بمبني على انه بمقابلة العين دون القيمة
لاشعاره بجواز الصلح عليه عن الدراهم ايضا فلا جرم يكون جواز الصلح
القيمة
عليه مبنيا على وجه آخر وقد ذكرنا وجهه فتامل **قوله** وانما ينتقل الى
بالقضاء وقد يشكل بانه لو كان الواجب في غصب الثوب ونحوه من غير
المثليات هو المثل صورة ومعنى وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء
لكان ينبغي ان يجب فيها قيمة يوم القضاء دون الغصب كما لو غصب مثليا
فانقطع المثل اذ الواجب هناك لما كان هو المثل وكان الانتقال
الى القيمة بالقضاء اعتبر فيه قيمة يوم القضاء دون الغصب فلو كان الواجب
في غير المثلي هو المثل وكان الانتقال الى القيمة بالقضاء لزم ان يعتبر فيه
ايضا قيمة يوم القضاء والمسئلة بخلافه وايضا القيمة ان كانت لا تجب
قبل القضاء فلا اقل من شبهة الوجوب نظرا الى السبب حتى صح الرهن والكفالة
بها قبل القضاء بل قبل الهلاك فيلزم في الصلح باكثر من القيمة شبهة الربوا
وهي حرام كحقيقته وايضا الواجب في قتل الخطاء ايضا هو المثل
والانتقال الى الدية بالقضاء على ما يأتيك التصريح به في المعاقل فيلزم
ان يصح الصلح فيه على اكثر من قدر الدية ايضا ويجاب عن الاول ان الواجب
في غير المثلي ان كان هو المثل كما في المثلي ولكن بينهما فرق من حيث ان المثل
في غير المثلي انما يجب ليظهر اثره في الخلف لا لذاته فاذا وجبت القيمة التي هي
خلف عن المثل بقضاء القاضي يعتبر وجودها من حين انعقاد السبب
وهو الغصب لانها المقصودة بالوجوب دون المثل نفسه وفي المثلي
يجب المثل مقصودا لذاته فاذا انقطع المثل وانتقل الواجب الى القيمة
بالقضاء يعتبر قيمته يوم القضاء مقتصرا لانها لم تكن مقصودة بالسبب

حتى يستند عند وجودها الى السبب فكان الغصب فى المثلى لا ينعقد
سببا للقيمة الا عند القضاء بها فلا يستند وجوبها الى اول الغصب
وفى غير المثلى كانه ينعقد سببا لها كما وجد لانها المقصودة منه فيستند
وجوبها عند القضاء الى اول الغصب فليتأمل وعن الثانى بان الواجب
لو كان هو القيمة كما قال لكان فى الصلح على اكثر من قدر القيمة شبهة الربوا
اذ القيمة تعرف بالحزر والظن فلا قطع بزيادة بدل الصلح عليها فيكون
فيه شبهة الربوا فاذا لم تكن القيمة واجبة حقيقة لا يلزم باعتبار شبهة
وجوبها الا شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها وعن الثالث
بان الدية فى الخطاء منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضى
فلا يجوز الزيادة عليه كما لا يجوز على تقدير القضاء فصار كما لو كان العبد
بين رجلين فاعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته
وسيجئ عن قريب **قوله** فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون
ربوا **وفيه بحث** لما عرف انه لو غصب اناء فضة فاستهلكه فاصطلحا
على القيمة ثم تفرقا قبل القبض فالصلح ماض لانه ليس بصرف لان الواجب
بالاستهلاك القيمة والقضاء لتقدير ذلك الا ان المستهلك يصير
مملوكا لكنه ضرورى فلا يعتبر مصارفة فلا يضره الافتراق كذا ذكر
فى الذخيرة فلو كان حق المالك فى عين الهالك ومثله وكان التراضى
على الاكثر اعتياضا عن الهالك ومثله وجب ان يعتبر فى المسئلة المذكورة
مصارفة لان الصلح حينئذ يكون بمقابلة عين الاناء او مثله وذلك مصارفة
قطعا وحيث لم يعتبر مصارفة علم ان الصلح عن المغصوب المتلف بالدراهم
او الدنانير استيفاء لما وجبت عليه من القيمة فلا يجوز اخذ الزيادة عليه
وايضا ذكر فى المبسوط كل عوض بين رجلين غصبه رجل واستهلكه
ثم صالح احدهما من نصيبه على دراهم او دنانير كان لشريكه ان يشاركه
فيها لان الواجب بعد الاستهلاك القيمة وهى مشتركة بينهما وانها وجبت
بسبب واحد وهو الغصب عوضا عما هو مشترك بينهما وهو المغصوب
فيكون مشتركا بينهما كما لو باعا من واحد بثمن واحد واحد الشريكين
اذا استوفى نصيبه كان للاخر ان يشاركه فى المقبوض هذا كلامه ونقله
الشارح فى مسئلة صلح احد الشريكين فى الدين عن نصيبه فلو كان حق
المالك بعد هلاك المغصوب فى عينه او مثله من كل وجه وكان الصلح
عنه على دراهم او دنانير اعتياضا عن عين الهالك او مثله لم يكن للشريك
ان يشارك المصالح كما لو صالح احد الشريكين فى عرض ادعياه على دراهم

فانه

فانه ليس للشريك ولاية المشاركة فيما صالح لان الصلح عن نصيبه فى عين
مشترك بيع فى حقه وان باع احد الشريكين فى عين نصيبه لم يكن لشريكه
ان يشاركه فى الثمن فعلم ان الصلح عن المغصوب على دراهم صلح عن القيمة دون العين
والمثل من كل وجه اللهم الا ان يمنع ولاية المشاركة للشريك فيما اذا صالح
احد الشريكين عن مغصوب مشترك على دراهم او دنانير عند ابى حنيفة رضى الله عنه
ويحمل المذكور فى المبسوط قول صاحبيه خاصة وكذا ما ذكر فى الذخيرة وان
ذكر من غير خلاف واما لو كان على الاتفاق فالامر مشكل **قوله** ان القيمة
فى العتق منصوص عليها الخ **فان قلت** نعم انها منصوص لكنها غير مقدرة
اذ الشرع لم يقدرها بمقدار لا يجوز الزيادة عليها بل هى مفوض الى رأى
المقومين بخلاف تقدير القاضى فانه يقدر بقدر لا يجوز الزيادة عليه
قلت الشارع ان لم يقدرها فى العتق فقد نفى اخذ الزيادة على ما قومه
المقومون حيث قال قوم عليه نصيب شريكه لا وكس ولا شطط فلا يجوز
الصلح بالزيادة لان فيه اخذ الزيادة على قدر ما يقومه المقومون وهو
منتف بالنص نعم يشكل بان القيمة فى سائر ذوات القيم عند التعدى
فيه ثابت بدلالة هذا النص لانه معلل بالاتلاف بطريق التعدى فيجب
محافظة حق فى جميع صور العدوانات وذا بان لا يؤخذ اكثر من القيمة
فى شئ من الصور عملا بدلالة هذا النص كما لا يجوز اخذ الزيادة على القيمة
فى صورة اعتاق احد الشريكين نصيبه من عبد مشترك عملا بعبارته
والدلالة واجب العمل كالعبارة بل دلالة كل كلام احق من عبارته وان
كان عبارة كلام راجحا على دلالة كلام اخر

باب التبرع بالصلح والتوكيل

قوله لم يلزم الوكيل ما صالح عليه مشكل لانه
اذا لم يلزمه وجب ان لا يرجع الوكيل على الموكل اذا اداه كما لا يرجع بالمهر
الوكيل بالنكاح اذا اداه بغير امر موكله عليه والرواية منصوصة فى شرح
الطحاوى بانه يرجع على ما سنذكر لك نقلا عن الشرح ان شاء الله تعالى
واليه الاشارة فيما يجئ من قوله ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء
الدين بخلاف ما اذا كان بامره **قوله** وتاويل هذه المسئلة بيان ان ما ذكر
من الجواب ليس بمطلق بل هو فيما اذا لم يكن فى الصلح معنى البيع كالصلح عن دم
العمد وعلى بعض ما يدعيه من الدين فكانه اراد بقوله اذا كان الصلح عن دم العمد
او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين ان يكون الصلح فى الاسقاط دون
الاثبات فيتناول ما اذا كان الصلح عن مال بمال على الانكار من قبل
المدعى عليه لان المقصود من الصلح مع الانكار للمدعى عليه هو قطع الخصومة

واسقاطها فكان تاويل المصنف كافيا لا كما ظن الشارح ان هذا التاويل
لا يكفي فان فيه قيدا اخر وهو انه لو كان الصلح على الانكار على ما سنذكر كلامه
ثم قوله فان فيه قيدا اخر الخ ظاهره يوهم انه لا بد ح ان يكون الصلح عن دم العمد
او على بعض ما يدعيه من الدين قيدا آخر وهو ان يكون الصلح على الانكار وهذا
ليس بصحيح لان الوكيل في الصلح عن دم العمد سفير وان كان عن اقرار لانه
اسقاط ولكن مراده ان على المصنف ان يقول وتاويل المسئلة اذا كان
الصلح عن دم العمد او على بعض ما يدعيه من الدين او على المال بالمال مع الانكار
الا ان مراد المصنف بتقييد التوكيل بصلح هو اسقاط على عموم المجاز لاجل
جزئيات الصلح الذي يكون الوكيل فيه سفيرا حتى يحتاج الى ذكر جميع الجزئيات
قوله كالوكيل بالنكاح فان قيل الوكيل بالنكاح اذا ادى المهر لم يرجع
به على الموكل والوكيل بالصلح اذا ادى بدل الصلح يرجع به على الموكل
ولو كان الوكيل بالصلح الذي هو اسقاط كالوكيل بالنكاح لم يفترقا
في الرجوع وعدمه اجيب بان الصلح الذي هو اسقاط جائز من الاجنبي
بغير امر المدعى عليه فلا يكون فائدة الامر الا ثبوت ولاية الرجوع له والنكاح
بغير الامر لا يجوز فيكون فائدة الامر نفاذ النكاح على الآمر لا ثبوت الرجوع
الى هذا اشار الشارح نقلا عن الطحاوي قلت الصلح انما ينفذ على الاجنبي
اذا ضمن المال واضاف البدل الى نفسه او اشار الى ماله اما اذا اطلق بان
قال صالحتك على الف درهم يوقف على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ على الفضولي
فكان فائدة الامر نفاذ الصلح على المدعى عليه في صورة الاطلاق
فلا يحصر فائدة الامر فيه على الرجوع عليه عند الاداء وجوابه المنع فقد ذكر
ان توقف الصلح على الاجازة المدعى عليه فيما اذا قال صالحتك
على الف ولم يسلم من مال نفسه مذهب البعض وعند البعض ينفذ على المصالح
فلنا ان نمنع فلا يكون فائدة الامر سوى الرجوع ولو سلم فالكلام فيما اذا ادى
المأمور بالصلح من مال نفسه وهو اذا ادى بدل الصلح من ماله يكون اصيلا
في الصلح وان اطلق من غير ضمان واضافة واشارة الى ماله فلا يظهر فائدة
الا في الرجوع هنا والكلام بعد محل نظر اذ الفضولي لو قال للمدعي صالح
فلانا على الف فانه يتوقف على اجازته اذا كان بغير امره اما اذا كان بامره
ينفذ عليه فيظهر فائدة الامر في نفاذ الصلح عليه ولزوم بدل الصلح عليه
وايضا الاجنبي اذا صالح بدون الامر يجب البدل عليه واذا صالح بالامر
يجب البدل على الموكل دون المصالح ففي الامر فائدة ليست في صورة عدمه
ولا يتعين الرجوع عند الاداء فائدة للامر فلا يظهر الوكيل بالصلح الذي هو اسقاط

ان كان

ان كان لا يلزمه البدل فهو مأمور باداء ما لزم الموكل من الدين لان المقصود
بالصلح انما هو اداء المال والشيء انما يتم باتصال المقصود به ومن ملك شيئا
ملك اتمامه والوكيل بالصلح مالك للصلح فيملك اتمامه وتمامه انما يكون باتصال
المقصود به وهو اداء المال فيملك الاداء فكان الامر بالصلح امرا باداء المال
والمأمور باداء الدين يرجع على المديون بخلاف النكاح فان اداء المهر فيه
ليس بمقصود حتى يملكه من ملك النكاح انما المقصود التوالد والازدواج
فالوكيل بالصلح كالوكيل بالشراء اذا لم يرجع اليه الحقوق بان كان صبيا
عاقلا فانه وان لم يلزمه الثمن ولكنه اذا ادى يرجع به على الموكل لكونه
مأمورا باداء الثمن اذ الشرى انما يتم باداء الثمن فيملكه من ملك الشرى والله
اعلم قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع سواء كان
عن اقرار او انكار اما في الاقرار فظاهر واما في الانكار فبناء على زعم
المدعي كذا في البناية وذكر المصنف في كتاب الوكالة ان الصلح على الانكار
من الضرب الثاني وهو ما لا يرجع فيه الحقوق الى الوكيل حيث قال والضرب
الثاني من اخواته العتق على مال والصلح على الانكار اما الصلح الذي هو
جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول وهكذا ذكر الشارح عند قوله
وتاويل هذه المسئلة حيث قال وهذا التاويل لا يكفي فان فيه قيدا
اخر وهو انه لو كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من غير
وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط ولو ادعى رجل في دار
حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح
الا ان يضمنه للذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق
فيكون بمنزلة الطلاق على جعل والعفو عن القصاص بمال فعلى هذا ما ذكر
في البناية ان محل تأمل ويمكن التوفيق بان ما ذكر في البناية فهو محمول
على ما اذا كان وكيلا بالصلح على الانكار من قبل المدعي فانه اعتبر معاوضة
في حقه حتى يجري فيه الشفعة اذا كان المصالح عليه دارا وما ذكر في الكتاب
والشرح فمحمول على ما اذا كان الوكيل بالصلح على الانكار من قبل المدعى عليه
لانه في حقه اسقاط للخصومة لا معاوضة حتى لا يجري الشفعة لو كان المصالح
عنه عقارا قوله لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي
والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه وقد يقال لو كان الاجنبي كالمدعى عليه
في حق الصلح وجب ان لا يتوقف الصلح على اجازة المدعى عليه اذا صالح على الف
مطلق ولم يضمنه لان التصرف اذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا
يتوقف على غيره كشراء الفضولي فانه لما صلح اصيلا في الشرى نفذ عليه ولا يتوقف

على اجارة من اشترى له وجوابه سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله ولا يكون
لهذا المصالح شيء من المدعى هذا اذا كان الدعوى في الدين اما اذا كان
في العين فان المصالح يصير مشتريا لها بالصلح عن المدعى اما اذا كان المدعى عليه
مقرا فظاهر لان شرى العين من المالك صحيح وان كان في يد غيره واما اذا كان
منكرا فكذلك لانه في معنى بيع المغصوب من غيره والمولى اذا باع المغصوب
والغاصب جاحد فان امكنه التسليم باقامة الحجة والا فللمشتري ان يفسخ
البيع كما هنا قوله ولا فرق في هذا اي ان لا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى
اذا كان الدعوى في الدين فيما اذا كان مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا
فظاهر واما اذا كان مقرا فلما فيه من تمليك الدين من غير من عليه قوله لان
الاصيل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له ولهذا
نوع منافرة مع ما سبق من قوله لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها
الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه وقوله الا ان الفضولي يصير
اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة
المطلوب قلنا بل هو اصيل باعتبار انه مثل المدعى عليه في ان الحاصل
ليس الا البراءة وفيها المدعى عليه والاجنبي سواء الا ان يقال ان الاجنبي
والمدعى عليه سواء في انه لا يسلم لواحد منهما شيء من المال الذي يصلح عوضا
عن المال ودونه من حيث ان المدعى عليه يستفيد بهذا الصلح دفع الخصومة
دون الاجنبي فقلنا اذا اضاف الضمان الى نفسه يجعل اصيلا اعتبارا
لجانب المساواة واذا لم يضفه اليها لم يجعل اصيلا والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو
اي ما وقع عليه الصلح مستحق بعقد المداينة نوعا اي اذا كان ما وقع عليه الصلح
من نوع ما وقع عنه الصلح بان كان ما وقع عنه الصلح من المستحق بعقد المداينة
دراهم ووقع الصلح عنه على الدراهم ايضا بان اصطلحا على ان يأخذ المدعي
خمسة دراهم عن عشرة اذ الصلح ينبئ عن الحطيطة ولو اخذ منه عشرة دراهم
كان استيفاء لا صلحا قوله حملناه على التأخير قلت يجب ان يستبد
رب الدين لان التأخير مما يستبد به الداين ولا يحتاج الى قبول المديون
قوله ولو كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز هذا اذا لم يكن
الدين بدل الكتابة اما الدين الذي هو بدل الكتابة بان كانت عند عبد له الف
مؤجل فصالحه على خمسمائة حالة فالصلح جائز على ما سيأتيك في كتاب المكاتب
ان شاء الله تعالى قوله ومن له على اخر الف درهم فقال اد الي خمسمائة غدا
على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء ظاهر العبارة يشعر بان الابراء

نما يثبت

نما يثبت بعد اداء الخمسمائة وليس كذلك لان الابراء المقيد يتحقق في الحال قبل
وجود ما قيد به لكنه ان وجد ما قيد به تقرر الابراء والا عاد الدين بعد سقوطه
فحق العبارة ان يقال ومن له على اخر الف فقال اد الي غدا خمسمائة على انك
بريء من الفضل فهو بريء فان فعل تقرر الابراء والا عاد الدين وذكر في حواشي
بعض الاساتذة نور الله مرقده انه اراد بقوله فعل قبل لا ادى خمسمائة وقوله
بريء معناه في الحال قلت الابراء لا يتوقف على القبول وان كان يرتد بالرد
فيجب ان يبرأ هنا وان لم يقبل فالاولى ان يقال اراد بقوله ففعل اي فادى
الخمسمائة فهو بريء اي براءة مقررة غير محتملة للبطلان وان لم يدفع اليه الخمسمائة
غدا عاد عليه الالف قوله جعل اداء الخمسمائة عوضا اي عن البراءة حيث
ذكره اي ذكر الاداء بكلمة على اي معها ومقرونا بها وانها للمعاوضة فيقتضي
ان يكون بين الاداء والبراءة معاوضة بحيث يكون احدهما عوضا عن الاخر
والاداء لا يصلح عوضا الخ وبهذا يسقط ما يرد ان المذكور بكلمة على هو البراءة
دون الاداء لانها دخلت على البراءة دونه وان كلمة على لما كانت للمعاوضة
كان البراءة عوضا عن الاداء دون العكس ووجه السقوط على ما ذكرنا من المعنى
ظاهر فتأمل قوله وهي للمعاوضة فان قلت انها كما جاءت للمعاوضة جاءت
للشرط ايضا ودعوى انها حقيقة للمعاوضة مجاز في غيرها غير مسلم بل للاستعلاء
او اللزوم واستعمالها في غيرهما مجاز اجيب بان مراده والله اعلم انها استعملت
للمعاوضة والشرط جميعا وحملها على الشرط ان كان يوجب تقييد الابراء فحملها
للمعاوضة يمنع تقييده فلا يثبت التقييد بالشك قوله ولهما ان هذا ابراء
مقيد بالشرط واعترض بان كلمة على دخلت على البراءة دون الاداء فلا يكون
اداء الخمسمائة في الغد شرطا للبراءة واجيب بان الاتحاد ثابت بين الاداء والبراءة
نصا فبحكم الاتحاد دخولها على البراءة دخولها على الاداء فامكن ان يجعل شرطا
وفيه نظر لما سيأتيك في الرهن ان الاداء يقرر الدين والبراءة تسقطه فلا
اتحاد ولو سلم فلا اتحاد بين اداء الخمسمائة والبراءة عن الباقي بل بين اداء الباقي
والبراءة عنه فلا يكون دخوله على البراءة عن الباقي كدخوله على اداء خمسمائة فالاوضح
ان يقال ان شرط كلمة على يخالف سائر الشروط فانك اذا قلت ازورك على ان
تزورني كنت معلقا زيارة مخاطبك على زيارتك واذا قلت ازورك على ان تزورني
كنت معلقا زيارتك على زيارة مخاطبك على هذا اجماع اهل اللغة كذا ذكره
بعض المحققين من ائمة الاصول فعلى هذا التحقيق يكون اداء خمسمائة شرطا
للبراءة دون العكس فلا يرد قوله وانه يصلح غرضا اي مقصود الابراء خمسمائة
فيصح التقييد به وكونه مستحقا عليه لا ينافي ان يكون الاداء في الغد غرضا صحيحا

للابراء وما لاشتراط الاداء في الغد الى قطع المماطلة كانه قال ابرأتك عن النصف
بشرط ان لا تماطل في اداء الخمسمائة في الغد ووجوب الاداء ان كان حاصلا
فقطع المماطلة ليس بحاصل وانه مفيد فيصلح فائدة على ان اداء الدين وان كان
مستحقا في مطلق الزمان فهو في زمان خاص ربما لا يبقى مستحقا بان كان
مال المديون مشغولا بحاجته الاصلية المقدمة على الدين وهنا قد جعل
الاداء في الغد عوضا لا الاداء في مطلق الزمان وفي بعض النسخ عوضا بالعين
المهملة والواو فيكون منعا لما ذكره ابو يوسف من ان اداء الخمسمائة لا يصلح
عوضا ولكن قوله فيما بعد فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة يأباه لانه
تصريح بان الاداء لا يصلح عوضا واعتراف لما ذكره ابو يوسف رح اللهم
الا ان يحمل قوله وكلمة على الخ نكتة اخرى على تقدير التسليم كانه منع اولا
فقال لا نسلم انه لا يصلح عوضا بل يصلح جزارا فلاسه ولو سلم فالواجب
تصحيح كلام العاقل ما امكن وقد امكن تصحيحه بالحمل على الشرط فيجب
الحمل عليه صونا لكلام العاقل عن الالغاء قوله وكلمة على ان كانت
للمعاوضة فان قلت كلمة على للايجاب دون المعاوضة على ما عرف
في اصول الفقه فما وجه قوله ان كانت للمعاوضة قلت كانه بناء على زعم الخصم
اي سلمنا انه للمعاوضة كما زعمت فهي محتملة للشرط فيجب ان يستعار له
عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لكلام العاقل ما امكن قوله فهي
محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة يعني ان المعاوضة عبارة عن مقابلة الشيء
بالشيء وفي الشرط المقابلة موجودة لان فيه مقابلة الشرط بالجزاء فجاز
ان يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه كذا في الشرح
ويشكل هذا بما ذكر في البزدوي وشرحه من ان في الشرط معنى المعاقبة
دون المقابلة لان ما يثبت بطريق المقابلة يثبت مع ما يقابله بطريق المقارنة
اذ يستحيل ان يكون الشيء مقابلا لشيء قبل مقابلة ذلك الشيء اياه وثبوت
العوض مع المعوض من هذا الباب وما يثبت بطريق المعاقبة يكون متأخرا
كالمشروط فيكون في الشرط معنى المعاقبة دون المقابلة كذا ذكر الامام
فخر الاسلام رح وشارحه في بحث حروف المعاني فكانه تسامح وجعل المعاقبة
بوصف المقارنة في حكم المقابلة اذ القريب في حكم القرين قوله واداء
خمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييد
وفيه شبهة اما اولا فلان الاداء في الغد يصلح عوضا لما صرح به في الذخيرة
حيث قال ابو يوسف رح بان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لانه كان
واجبا قبل الحط قلنا النقد قبل الحط كان عوضا عن المداينة وبعد

يجعل عوضا عن الحط اذ الثابت مرة يعتبر ثابتا اخرى اذا افاد وقد مر
التصريح به في المسئلة الاولى حيث قال وانه يصلح عوضا حذارا فلاسه
نعم انه ليس بعوض مطلق بل ضروري ولكن صلاحه للعوضية وان لم يكن
مطلقا يكفي للتصحيح وحمله على التقييد واما ثانيا فلما سبق ان الشرط متعارف
فيجب ان يحمل عليه للتعارف فالظاهر هو ما ذكر في الذخيرة ان صورة البداية
بالابراء ايضا على الاختلاف حيث قال نقلا عن الاصل وان قال حططت
عنك خمسمائة على ان تنقد لي خمسمائة اليوم ولم يقل وان لم تنقد لي فالمال على حاله
فلم ينقد الخمسمائة اليوم قال ابو حنيفة ومحمد رح يبطل الحط والمال كله على حاله
وقال ابو يوسف رح الحط جائز وجد النقد او لم يوجد وعلى هذا علل المصنف
الصورة الاولى قوله لانه واجب عليه في مطلق الازمان اشارة الى ان
الاداء في وقت خاص قد لا يكون واجبا بان كان المال مشغولا بحاجته الاصلية
المقدمة على الدين او كان مفلسا قوله وتعليق البراءة اي الابراء لانه
علل بمعنى التملك ومعنى التمليك انما يوجد في الابراء لا في نفس البراءة او المراد
البراءة الحاصلة من الداين قوله ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا
اما اذا قال علانية يؤخذ به وفي حيل الذخيرة المديون اذا قال لرب الدين
لا اقر لك بالمال حتى تؤجلني او حتى تصالحني او حتى تحط عني فهذا عند
بعض العلماء يكون اقرارا بالمال وذكر محمد رح هذه المسئلة في كتاب
الاقرار وقال لا يكون اقرارا فعلى هذا لا حاجة الى تقييد المسئلة بما اذا
قال ذلك سرا لامكان حمله على ما ذكر محمد رح فيكون مطلقا فصل
قوله فصار كزيادة الولد والثمرة قلت فيجب ان يقع المقبوض مشتركا
بين القابض والساكت كالولد والثمرة وليس كذلك بل المقبوض يملكه
القابض حتى ينفذ تصرفه فيه بدون اذن صاحبه ولو وقع على الشركة لتوقف
على اذنه كما لو تصرف في الولد والثمرة وبهذا ظهر ضعف ما ذكر في الكافي
من قوله وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا بينهما
فكذا الزيادة لان قوله فكذا الزيادة يشير الى ان الزيادة تقع مشتركا كالحق
وليس كذلك وجوابه ان المقبوض من وجه عين الدين ومن وجه غيره
على ما عرف والنظر الى كونه عينه يقتضي ان يقع المقبوض مشتركا بينهما والى كونه
غيره يوجب ان يكون للقابض خاصة فقلنا بانه يدخل في ملك القابض ويكون
للساكت ولاية المشاركة عملا بالوجهين فمعنى قوله وصار كالولد والثمرة انه
صار كالولد والثمرة من وجه فيثبت له ولاية المشاركة ومعنى قوله في الكافي
واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة انه ينبغي ان يكون الزيادة كاصل الحق

المشاركة

فى الوقوع على الشركة الا ان المقبوض غير الدين حقيقة وان كان عينه حكما
فاثبتنا له ولاية الشركة دون الشركة عملا بجهتى كون المقبوض عين الدين وغيره
والله اعلم **قوله** كثمن المبيع اذا كان اى البيع صفقة واحدة وثمن المال المشترك
لا يعرف للتفرقة بين ثمن المبيع المشترك بصفقة واحدة وثمن المال المشترك
وجه لان ثمن المال المشترك انما يكون مشتركا اذا بيع بصفقة واحدة الا
ان يراد بالثمن القيمة ويحمل على صورة هلاك المال المشترك بعد الغصب ليتميز
عن قيمة المستهلك والله اعلم **قوله** لان القابض قبض نصيبه **فان قلت**
بل قبض المشترك بينهما لما سيأتيك ان الدين لا يحتمل القسمة قبل القبض
قلت انه ان كان لا يحتمل القسمة قصدا فقد يحتمله ضمنا للصلح والشراء
على ما يأتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى **قوله** لكن له حق المشاركة فى المقبوض
فى صورة الاستيفاء والصلح **قوله** وان شاء اخذ نصف الثوب لان
له حق المشاركة وحق الشريك فى كل جزء
من الدين فيتوقف على اجازته واخذ النصف دلالة على اجازة العقد هذا
كلامه وانه مشكل لما مر ان المقبوض قبل المشاركة باق على ملك القابض لا
حق الشريك فى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا
عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين فاذا كان المقبوض
اذا قبض احدهما جنس حقه استيفاء ملكا للقابض فالثوب المصالح عليه
عن نصيبه من الدين اولى ان يكون فى ملكه فلو كان هذا الصلح موقوفا على اجازة
الشريك لزم ان لا يملك القابض الثوب ولا ينفذ تصرفه فيه وايضا اذا
اشترى احدهما بنصيبه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فى المشترى وعلى ما ذكر
هنا وجب ان يتوقف الشرى على اجازة الآخر ايضا فيكون قبضه نصف المشترى
دلالة الاجازة الا ان يجاب بان هذا الصلح فى
لا توقف فيه التوقف فى حق الشريك وانما افترق الصلح مع الشرى
لان الدين فى الصلح حتى لو صالح عن دين على ثوب فتصادقا ان لا دين
بطل الصلح وفى الشرى لا يتعين الدين الذى اشترى به ثمنا حتى لو اشترى بدين
ثم تصادقا ان لا دين لم يبطل الشرى بل يجب عليه اداء الثمن من ملكه فيتوقف
الصلح فى حق الشريك لان الدين المشترك تعين بدلا للصلح فصار الثوب
المصالح عليه بدلا عن عين الدين المشترك فمن حيث انه ليس بعين الدين
حقيقة لم يتوقف هذا الصلح فى حق المصالح فيدخل فى ملكه وينفذ فيه
تصرفه ومن حيث انه بدل عن الدين كان فى حكم عينه فيتوقف هذا الصلح
فى حق الشريك الساكت فيكون اخذ نصف الثوب المصالح عليه دلالة الاجازة

كان له اخذ نصفه وفى صورة الشرى لا يتعين الدين ثمنا فلا يكون الثوب
المشترى بدلا عن الدين المشترك بل بدلا عما فى ذمته من الثمن الواجب عليه
بالشرى فلا يتوقف الشرى لا فى حق المشترى ولا فى حق صاحبه فلا يكون
لصاحبه حق المشاركة فيه نعم يشكل بان الصلح لما كان موقوفا وكان اخذ
نصف الثوب المصالح عليه دلالة الاجازة لزم ان لا يكون للمصالح الامتناع
عن تسليم نصفه لضمان ربع الدين اذ الاجازة اللاحقة كالاذن السابق
ولو كان الصلح بامر الشريك الآخر لم يكن له الامتناع عن تسليم نصف الثوب
بتضمين ربع الدين فكذا اذا كان بالاجازة اللاحقة الا ان يقال
هذه الاجازة وان كانت معتبرة فى حق الساكت فهى غير معتبرة فى حق المصالح
فقلنا بان للساكت حق المشاركة اذا لم يضمن له المصالح ربع الدين ولا يكون
له سبيل فى الثوب اذا ضمنه عملا بالوجهين جميعا والله اعلم ثم **قوله** ان شاء
اخذ نصف الثوب يشعر بان له ان يطلب من المصالح نصف الثوب وبه
يشعر التعليل الذى ذكر فى الكافى **قوله** بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض
الخ **قلت** وفرق آخر ان الدين فى الصلح يتعين بدلا وفى الشرى لا يتعين
حتى لو تصادقا ان لا دين بطل الصلح ولا يبطل الشرى فالثوب وقع عليه
الصلح عن بعض الدين فى حكم عين الدين من حيث ان الدين تعين بدلا له
فكان لشريكه ان يشاركه فيه كما لو قبض عين ما وجب فى الذمة من الدين
واما الثوب المشترى فالدين لما لم يتعين ثمنا له كان غيره من كل وجه فلا
يكون للساكت ولاية المشاركة فيه **قوله** لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة اى لا بقبض عين الدين بوجه بخلاف الصلح فانه وان ملك
هناك الثوب بعقده لكن الاستيفاء يقع بقبض عين الدين من وجه
لما ذكرنا ان الدين يتعين فى الصلح وبالجملة ان ولاية المشاركة لا تثبت
للساكت الا بان يقع العقد على الشركة او يكون المقبوض عين الدين
ولو من وجه وكلا الامرين فايت فى الشرى بخلاف الصلح لان الثوب فيه
عين الدين من حيث انه يتعين بدلا فيه فافترقا **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين
كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك اى لو كان للمطلوب على احد الطالبين
دين بسبب قبل ان يجب لهما عليه وصار قصاصا فلا ضمان على الذى سقط
عنه الدين لشريكه لانه قضى دينا كان عليه ولم يقتض لان الاصل
فى الدينين اذا التقيا صار قصاصا بان يصير الاول مقضيا بالثانى والمشاركة
تثبت فى الاقتضاء وهذا مشكل لما ذكر فى المحيط انه اذا استاجر
عبدا بدين كان له على الآجر يجوز فان فسخا الاجارة فللمستاجر ان يحبس

المستأجر بالدين السابق لان العقد يتعلق بمثل الدين وانما يصير الاجرة مثله
بشرط التعجيل فيتضمن شرط التعجيل ليصير الاجرة مثل الدين ووقعت المقاصة
بينهما وصار الآجر قابضا الاجر بالمقاصة فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة هذا
كلامه فلو كان آخر الدينين قضاء للاول لا اقتضاء كما ذكر هنا وجب ان لا يكون
للمستاجر ولاية الحبس بالدين السابق في المسئلة المذكورة لان الموجر حينئذ
يكون قاضيا دينا عليه لا مستوفيا دينا له بل يكون المستوفي هو المستاجر
والحبس انما يكون اذا استوفى الموجر الاجرة وفي الكافي في احكام البيع
الفاسد اذا اشترى عبدا من مديونه بدين له عليه سابق وقبض العبد
ثم تفاسخا العقد كان له ان يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين لان
البيع اذا اضيف الى الدراهم لا يتعلق بعين تلك الدراهم وانما يتعلق
بمثلها في الذمة فاذا وجب للمديون على المشتري مثل الدين صار الثمن قصاصا
لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البايع مستوفيا ثمنه بطريق المقاصة فاعتبر
بما لو استوفاه حقيقة وثمه للمشتري حق الحبس الى ان يستوفي الثمن كذا هنا
هذا لفظه مع نوع اختصار ولا يخفى انه لما ذكر هنا من ان آخر الدينين
يكون قضاء للاول منهما وان الاول يصير مقضيا بالثاني يجب ان يكون
البايع في هذه المسئلة موفيا لما عليه من الدين لا مستوفيا والمشتري
مستوفيا لا موفيا وان لا يكون له ولاية حبس المبيع بعد الفسخ حتى يأخذ منه
الدين لانه على هذا التحقيق ما ادى بدل المبيع حتى يحبسه بل كان قد استوفى
دينه لكن انتقض الاستيفاء بالاقالة وعاد دينه كما كان وبالجملة ان
صاحب آخر الدينين ان كان قاضيا لاولهما بالاخر كان المستوفي في هاتين
المسئلتين هو المستاجر والمشتري دون الموجر والبايع فيجب ان لا يكون لهما
ولاية الحبس لانه بناء على ان يكون الموفي هو المشتري والمستاجر وان كان
مقتضيا يجب ان يضمن احد الطالبين للاخر فيما اذا كان له دين سابق فصار
قصاصا وليس الامر كذلك وغاية الامر ان يقال ما ذكر من ان اول الدينين
يصير مقضيا بالثاني فذا بيان القضاء والاقتضاء الحقيقيين اذ لا تصور
لهما حقيقة الا بان يعتبر اخرهما قضاء للاول اذ الدين وصف لا يتصور
قضاؤه الا بامتناع المطالبة وذا باخرهما حيث يجب للمطلوب مثل ما
وجب للطالب عليه عند الاداء فاما الاستيفاء الحكمي فيثبت بامتناع
سواء اعتبر بالاول وبالاخر والبايع او الموجر ان لم يكن مستوفيا حقيقة
لانه صاحب آخر الدينين فهو مستوفي حكما لدينه حيث يمتنع عليه
باول الدينين لولاه لما امتنع فصار كانه استوفاه الا ان الاستيفاء حكمي

يكفي لبقاء حق الحبس دون اثبات الضمان لاحد الشريكين لانه استيفاء من وجه
فيكفي لبقاء الحبس لانه قد كان فلا يزول بالشك واما الضمان فلم يكن فلا يثبت
بالشك والله اعلم قوله والاستيجار بنصيبه قبض وهذا مشكل بمسئلة
ذكرنا من المحيط فليتأمل قوله واذا كان السلم بين شريكين اي في المسلم فيه
فصالح احدهما من نصيبه اي من المسلم فيه على رأس المال اي صالح احد ربي السلم
مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه
لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح اي بدون اجازة الاخر اما اذا اجاز صلحه فيجوز
عندهم جميعا وذكر المسئلة في المبسوط فقال واذا اسلم الرجلان الى رجل
في طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف عند ابي حنيفة ومحمد رح
فان اجازه الاخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما وما بقي
من الطعام مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل كذا في الشرح فان قلت
صلح احد الشريكين عن نصيبه في المسلم فيه خاصة باطل لا جواز له بحال والموقوف
على اجازة الشريك الاخر انما هو الصلح عن نصف المسلم فيه مشاعا من غير اضافة
الى نصيبه خاصة والشارح وضع المسئلة في صلح احد الشريكين عن نصيبه
ثم قيد المسئلة بقوله اي بدون اجازة الاخر وليس كما ينبغي لان صلح احدهما
عن نصيبه خاصة باطل لا جواز له وانما الموقوف على اجازة الاخر الصلح عن نصف
المسلم فيه فلا يصح وضع المسئلة في الصلح عن نصيبه ثم التقييد بما اذا لم يجزه
الاخر على ما لا يخفى قلنا نصيبه من المسلم فيه لما لم يمكن تمييزه عن نصيب
صاحبه صارت الاضافة الى نصيبه كالاضافة الى نصيبهما وعند الاضافة
الى نصيبهما يتوقف على اجازة الاخر فكذا عند الاضافة الى نصيبه قوله فصالح
قلت سماه صلحا وان كان اقالة في الحقيقة لان المسلم فيه يربو على رأس المال
عادة ومبنى الصلح على الحطيطة بحيث كان في هذه الاقالة حطيطة هي من خواص
الصلح سماه صلحا بترك الافضل بالادون كما في الصلح قوله على رأس المال
قيد به لانه لو صالح عنه على غير رأس المال كان الصلح باطلا اجماعا لانه استبدال
بالمسلم فيه وانه حرام قال عليه السلام لا تأخذ الا سلمك ورأس مالك انما خالف
ابو يوسف رح فيما اذا صالح احدهما على   اليه من رأس المال قوله ولهما
انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد
من اجازة الاخر فان قلت هذا ينافي فيما اذا صالح احد الشريكين في الدين
عن نصيبه على ثوب او اشترى بنصيبه متاعا لانه لو جاز الصلح والشرى في نصيبه
خاصة يلزم قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر
قلت نعم ولكن قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كان قصدا اما ضمنا

وفي الصلح بنصيبه من الدين المشترك والشراء به انما يلزم قسمة الدين ضمنا
لا قصدا لان الثمن تابع غير مقصود فكانت القسمة باعتبار جعل نصيبه
ثمنا ضمنية والصلح في معنى الشراء فكان في حكمه واما الصلح على راس
المال فيستلزم قسمة الدين قصدا لان هذا الصلح اقالة وهي تقع على المسلم
فيه قصدا لما انها تقع على المبيع مقصودا والمبيع في باب السلم هو المسلم
فيه فيلزم قسمة الدين في الذمة مقصودا وذا لا يجوز وكذا تاجيل
نصيبه من الدين لان التاجيل يقع على الدين قصدا وذلك ظاهر
حتى لو كان الاجل لا عن قصد يتاجل حق احد الشريكين ايضا وذلك
بان يقر احد الشريكين بالدين مؤجلا وكذبه الشريك الاخر يثبت
الاجل في حق المقر **قوله** وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد
والعقد قايم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولا يشكل الاقالة فانها
ليست برفع حقيقة بل هو بيع في حق الثالث وله ولاية البيع في نصيبه
بعد القبض في المنقول وقبل القبض في العقار ولا كذلك ههنا
لان الاقالة في باب السلم فسخ من كل وجه كذا في الشاهان **وفيه نظر**
اما اولا فلان قوله ليست برفع حقيقة يخالف ما ذكره المصنف رح
في باب الاقالة في وجه قول ابي حنيفة ومحمد رح حيث قال ان اللفظ
ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال اللفظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده
واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث
امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
فهذا تصريح بان الاقالة حقيقة هي الرفع وكونه بيعا امر ضروري فقوله
انها ليست برفع حقيقة غير ظاهر الصحة واما ثانيا فلان قوله الاقالة
في باب السلم فسخ من كل وجه ينافي ما ذكره المصنف في السلم من قوله
فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا
حتى يقبضه كله لانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه
وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه
مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله تم لفظه واوضح
في الشاهان بان المبيع مما يجب بالعقد وهذا يسقط فلا يكون مبيعا
فجعل راس المال مبيعا اذ لو لم يجعل راس المال مبيعا يبطل الاقالة
الا يرى انهما لو تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الاقالة قبل
القبض بطل الاقالة وههنا لما تقايلا وسقط المسلم فيه صار كالهالك

ينبغي

ينبغي ان لا يصح الاقالة وهي صحيحة ولا ذلك الا لابقاء المبيع وذلك
بجعل راس المال مبيعا انتهى لفظه فظهر بهذا التحقيق ان الاقالة في باب
السلم ليس بفسخ من كل وجه بل هو بيع في حق الثالث فالاوجه في الفرق
بين الاقالة في السلم والاقالة في البيع هو ما اشار اليه الشارح بقوله
ان العقد في باب السلم اصل لوجود المسلم فيه لانه بالعقد ثبت دينا
في الذمة فكذا في الدفع يكون اصلا بنفسه لسقوط السلم بخلاف شرى العين
فانه اصل لوجود العقد فان العين ما لم يكن موجودة لا يوجد العقد
وان تعاقدا فكذلك عند الدفع يكون العين اصلا لصحة الدفع عنه فاذا
كان العين اصلا والعين مشترك ذو انصباء ملك كل واحد منهما نصيبه
لان ملك العين علة لنفاذ التصرف من المالك فكانت العلة تامة
واما ههنا ثبت الولاية بالعقد وقد ثبت لهما جميعا ولا هو ايضا ذو انصباء
مشتركة بينهما بل هو علة وجوب الشركة في السلم فاعتبر ابو حنيفة رح جانب
العقد لا جانب الدين لما قاله ابو يوسف رح ظاهر لان السلم دين كساير
الديون وما قاله ابو حنيفة ومحمد رح ادق في الفرق تم لفظه والى هذا الفرق
اشار المصنف رح بقوله وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد اي موجودا
به والعقد قايم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه يعرف ذلك بالتامل **قوله** فيؤدي
الى عود السلم بعد سقوطه ولئن قال هذا منقوض بالدين فانه اذا اخذ
الشريك نصيبه شاركه فيه صاحبه وللاخر الرجوع بقدره وفيه عود
الدين بعد سقوطه فنقول لا ينتقض لان الدين ثبوته في الذمة امر معقول
بل هو الاصل في الاثمان فجاز ان يعود بعد السقوط والمسلم فيه ثبوته
في الذمة غير معقول فلا يجوز ان يعود بعد سقوطه كذا في الحاشية وفيه
ضعف لان المانع من العود انما هو السقوط من حيث ان الساقط لا يعود
الا بسبب جديد وفي هذا المعنى المعقول ثبوته في الذمة وغير المعقول
سواء على انه ينتقض بقبض المسلم فيه فان احد الشريكين اذا قبض نصف
المسلم فيه كان لصاحبه ان يشاركه فيه مع انه يوجب عود الدين الثابت
غير معقول بعد سقوطه فالاوجه ان يقال ان الدين لا يسقط بالقبض واستيفاء
على ما ياتيك التصريح به في اخر كتاب الرهن فلا يلزم بمشاركة الساكت القابض
عود الدين بعد سقوطه بخلاف الاقالة في السلم فانه يوجب سقوط المسلم
فيه عن الذمة والساقط لا يعود وجواب اخر نذكره ان شاء الله تعالى
نعم يشكل بان الدين يسقط بالابراء ثم يعود برده الا يرى انه اذا كان
للرجل على ابيه المريض دين فقال الابن يا ابت قد خلصتك مما عليك من الدين

فقال الابن لا ارى لا يعمل رده لان الدين قد سقط بابرائه وهو بالرد يعيد فيكون
وصية لولده ولا وصية لوارث كذا ذكر فى الذخيرة نقلا عن النوادر فظهر
ان الساقط يحتمل العود الا ان يقال القياس ان لا يعود الشىء بعد سقوطه
الا بسبب جديد غير انا جوزنا عود الدين بعد الابراء برده استحسانا دفعا
لضرر المنة عن المديون او نقول الساقط انما لا يعود اذا كان سقوطه مقررا
والسقوط بالابراء غير مقرر لتوقف التقرر على القبول اما السقوط فى الصلح
برأس المال على تقدير صحته فمتقرر على ما ذكر ويشكل ايضا بانا سلمنا ان
السلم لا يحتمل العود بعد السقوط لكن ذلك اذا كان السقوط مقررا وبتقدير
جواز الصلح ان كان يسقط السلم فى نصيبه فسقوطه غير مقرر بل موقوف
تقرره على عدم مشاركة الغير وامتناع العود بعد سقوطه لا على سبيل التقرر
غير مسلم الا ان يقال ان السقوط هنا بالاقالة وهى لو جازت فى نصيبه
لكانت لازمة متقررة فيتقرر سقوط نصيبه من المسلم فيه ايضا ثم اذا
شاركه فيه صاحبه فلا يخلو اما ان يعود حقه فى ما بقى على المسلم اليه او لا
فان عاد فلا وجه له لان حقه فيه قد سقط سقوطا مقررا بالاقالة
التى هى متقررة فلا يعود لانه بسلم جديد ولم يوجد وان لم يعد بطل حقه
مجانا وانه اضرار به وان قلنا بصحة الصلح وعدم ولاية المشاركة للشريك
يتضرر به الشريك وكل عقد لا يمكن امضاؤه الا بالحاق زيادة ضرر
بالعاقد كبيع الجذع فى السقف فهو باطل **فان قلت** هذا بعينه ثابت
فيما اذا صالح احدهما عن نصيبه من الدين على ثوب فان للساكت هنالك
ان يشاركه فى ربع الثوب ثم يرجع المصالح فى الربع على المديون وفيه عود الدين
بعد سقوطه فى ضمن الصلح المقرر لا يقال الصلح ينعقد موقوفا ان اجاز
الساكت يقع عن نصيبهما جميعا والا فعن نصيب المصالح خاصة لان الصلح
يقع عن نصيب المصالح خاصة ولهذا يملكه وينفذ فيه تصرفه قبل اجازة
الساكت ولو اختار اداء ربع الدين الى الساكت لا يجبر على تسليم نصف
الثوب للمصالح عليه ولو كان الصلح عند مشاركة الساكت واقعا
عن نصيبهما جميعا لما كان له ولاية الامتناع عن تسليم نصف الثوب فيهما
ان الصلح يقع عن نصيب المصالح خاصة ثم الشريك بالمشاركة يتملكه من قبل
المصالح عوضا عما وجب عليه من اداء الربع الى الساكت فعلى هذا بسقط
حقه بالصلح ثم يعود عند المشاركة على ان الصلح بالثوب لو كان موقوفا
على اجازة الشريك ثم ينفذ فى نصيبهما جميعا عند دلالة الاجازة
توقف الصلح برأس المال على اجازته ايضا ثم بمشاركته التى هى دلالة الاجازة

من الساكت

من الساكت ينفذ فى نصيبهما جميعا فلا فرق بين الصلح عن المسلم فيه بنصف
رأس المال وعن نصيبه من الدين بثوب ولا يقال الدين فى الصلح لا يسقط
بل يقع المقاصة كما فى البيع وبالمقاصات لا يسقط الدين بل يمتنع المطالبة
على ما عرف فلا يكون فى الصلح على الثوب عن نصيبه من الدين عود الدين
بعد سقوطه عند مشاركة الساكت اياه اما الصلح عن المسلم فيه على رأس
المال فهو اقالة والاقالة تقع على المسلم فيه وتسقطه واذا شاركه فيه ثم
عاد نصيب المصالح فى الربع بعد سقوطه والساقط لا يحتمل العود الا بسبب
جديد لانا نقول بل الدين يسقط بالصلح ايضا لما عرفت ان الدين يتعين
فى الصلح حتى لو تصادقا بعد الصلح ان لا دين بطل الصلح ومن ضرورة تعينه
سقوطه **اجيب** بان الدين ان كان يسقط بالصلح على الثوب سقوط المسلم فيه
بالاقالة الا ان سائر الديون يحتمل الاستبدال ودين السلم لا يحتمله فمتى صح
الصلح عن المسلم فيه برأس المال وشاركه فيه صاحبه كان هذه المشاركة تمليكا
من قبل المصالح كما قررنا فى الصلح على الثوب عن نصيبه من الدين ثم ان رجع
المصالح على المسلم اليه بربع الدين فلا وجه له لانه ان رجع فاما ان رجع
باعتبار عود حقه فى الربع فذلك عود الدين بعد سقوطه واما باعتبار
انه اضطر فى اداء النصف الى الساكت فيتملك ما للساكت على المديون من ربع
الدين لانه لما اضطر الى ادائه صار كالضامن له من قبل المديون ثم هو
سلمه ربع مال الصلح بدلا عن الربع المسلم فيه الذى اضطر الى ادائه فلا وجه
له ايضا لان المسلم فيه لا يحتمل الاستبدال فلا يمكن للساكت ان يأخذ
بدل ربعه عن المصالح شيئا بخلاف الصلح عن سائر الديون فان الاستبدال
بها جائز فيمكن ان يجعل الصلح واقعا عن نصيب المصالح خاصة ثم عند
مشاركة الساكت يتملك نصيبه من الدين تملك الضامن ما على المديون
عند الاداء وهذا المصالح لما اضطر الى اداء دين الساكت بقدر الربع
جعل كالضامن لماله من قبل المديون كانه احال الساكت بربع الدين متى صالح
مع احدهما مع العلم برجوعه عليه فيكون هذا دينا على المصالح على المديون
باعتبار انه ادى دينه الى الساكت مضطرا فيقوم مقامه فيكون رجوع المصالح
بعد مشاركة الساكت بهذا الطريق لا بطريق عود حقه الى الدين بعد سقوطه
وهذا ايضا يصلح جوابا عما اذا استوفى احدهما نصيبه من الدين على ما مر
قوله وعلى الوجه الثانى هو على الاتفاق اى يجوز الصلح اتفاقا كما قال
ابو يوسف وهو غير سديد لان الشركة فى المقبوض مما يلزم من الشركة
فى دين السلم لا من اتحاد نقديهما وذلك ثابت لا يختلف بين ما اذا خلطا رأس

المال

وبين ما اذا نقد كل واحد نقدا على حدة كذا فى الحاشية **وفيه نظر** لان
الشركة فى المقبوض انما يلزم من الشركة فى دين السلم ان لو كان المقبوض
هو عين ما كان فى الذمة او بدله وقبض راس المال فيما اذا صالح احدهما عن
نصيبه فى المسلم فيه على راس المال ليس بقبض عين المسلم فيه وهو ظاهر
ولا قبض بدله لان هذا الصلح اقالة والاقالة لا ينفى المسلم فيه حقا لرب
السلم حتى ياخذ بدله كيف والاستبدال فى باب السلم حرام فلا يثبت
الشركة فى المقبوض الا بان يخلطا راس المال ففيما اذا لم يخلطا لا يثبت الشركة
فى المقبوض فلا يشارك صاحبه فيه فلا يؤدى الى عود السلم بعد
سقوطه ثم اعترض على قوله وعلى الوجه الثانى بالاتفاق ان انتفاء العلة
لا يوجب انتفاء الحكم لجواز ان يثبت الحكم بعلة اخرى ففى صورة عدم الخلط
ان لم يوجد النكتة الثانية فقد وجدت الاولى وذلك يكفى لثبوت
الحكم اعنى فساد هذا الصلح وعن هذا قيل الصحيح انه على الاختلاف
فى الفصلين وفى قوله لو اشارة الى ان الصحيح غيره **فصل**
فى التخارج قوله فلا ينوب عن قبض الصلح والاصل انه متى تجانس
القبضان ناب احدهما عن الاخر وان اختلفا ناب المضمون عن غير
المضمون كذا فى الكافى وانه يشكل بما مر فيه فى باب الاقالة انه لو باع
عبدا بدراهم وتقابضا ثم تقايلا ثم اشتراه قبل التسليم صح ولا بد
من تجديد القبض ولا ينوب قبضه عن قبض الشرى لان قبضه مضمون
بغيره وهو الثمن فلا ينوب عن قبض الشرى كقبض الرهن مع ان كلا من القبضين
مضمون بالغير لان قبضه بعد الاقالة مضمون بالثمن وقبض الشرى ايضا
مضمون بالثمن فكانا متجانسين مع ان احدهما لا ينوب عن الاخر فكان
فى نيابة قبض الشرى الثابت بعد الاقالة قبل التسليم روايتين كما
وقع التصريح فى بعض المواضع بان الشئ يتضمن ما دونه وما فوقه وهل يتضمن
مثله فيه روايتان فكان ما ذكرهنا من ان القبضين اذا تجانسا ينوب
احدهما عن الاخر على احدى الروايتين وما ذكر فى الاقالة من ان قبض
الشرى الثابت بعد الاقالة قبل التسليم بحكمها لا ينوب عن قبض الشرى
الثانى على الرواية الاخرى **قوله** وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك
من العروض والعقار الاولى هنا ان يؤتى باو فى قوله ذهبا وفضة
مكان الواو ليكون المعنى وان كانت التركة احد النقدين وغيره اذ لا يشترط
لهذا الجواب وجود النقدين بل يكفى وجود احدهما مع غيره **قوله** فلا بد
ان يكون ما اعطوه اكثر قال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه

من الدراهم

من الدراهم حالة التصادق اما حالة المناكرة بان ادعت امراة على ورثة زوجها
فصالحوها وهم جاحدون بانها امراة الميت على اقل من نصيبها من المهر فالصلح
جايز لان حالة المناكرة المعطى انما يعطى لقطع المنازعة وافتداء اليمين
فلا يتمكن الربوا كذا فى الذخيرة وقيل انه باطل فى الوجهين وهو الظاهر
لان المعطى وان كان يعطى لرفع المنازعة فالاخذ انما ياخذ عوضا عن حقه
فيلزم الربوا فى حق المدعى فينبغى ان لا يجوز الصلح الا يرى انه لو صالح
مع المنكر عن الدراهم بالدنانير يشترط القبض فى المجلس لانه صرف فى جانب
المدعى وكذا لو صالح على عقار يجب الشفعة فيها ولو كان الاعتبار لجانب
المدعى عليه فقط لكان ينبغى ان لا يشترط القبض فى المجلس ولا يجرى
الشفعة فكما يعتبر جانب المدعى للزوم القبض فى المجلس وجريان الشفعة
فليعتبر جانبه فى لزوم الربوا ايضا **قوله** احترازا عن الربوا لانه لا يمكن
تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء عن الاعيان باطل لان الاسقاط
انما يصح فى الديون لا فى العيون والتركة عين كذا فى الشروح وهذا فيما اذا
الذى فى يده بقية التركة مقرا بكونها فى يده اما اذا كان جاحدا لكون
التركة فى يده فيجب ان يصح الصلح مطلقا لامكان تجويزه بطريق الابراء لان
التركة عند الجحود مضمونة بنفسها والابراء عن الاعيان المضمونة بنفسها
جايز **قوله** فالصلح باطل اى فى الكل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه
ومتى بطل فى حصة الدين بطل فى حصة العين لان العقد واحد وهو دليل
لابى حنيفة رضى الله عنه فى مسئلة البيوع ان العقد الواحد اذا فسد فى بعض
المعقود عليه فسد فى الكل كمن اسلم حنطة فى شعير وزيت ثم قيل هذا
قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل لا هو قول الكل والفرق
لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد **فان
قلت** ذكر فى الذخيرة انه اذا دفع الثوب الى القصار فخرقه فصالحه على مكيل
او موزون فان كان المكيل والموزون بعينه جاز الصلح سواء وقع الصلح
على ان يكون الثوب لرب الثوب وللقصار وان كان المكيل فى الذمة فان وقع
الصلح على ان يكون الثوب للقصار فالصلح جايز فيما يخص الثوب باطل فيما
يخص قيمة الخرق لان ما يخص الثوب ثمنه والثمن يجوز ان يكون مكيلا او موزونا
موصوفا فى الذمة وما يخص قيمة الخرق يكون دينا بدين لان قيمته فى ذمة
القصار دراهم او دنانير والمكيل والموزون فى الذمة ايضا دين فيكون
افتراقا عن دين بدين هذا لفظه فقد بطل الصلح فى حصة الخرق ولا يبطل
فى حصة الثوب ويجب ان يبطل فى الكل عندنا الكل اما عنده فظاهر واما

واما عندهما فلان بيع الدين بالدين باطل فصار كالحر مع القن قلت الفساد
في هذه المسئلة طارئ حيث يفسد في حصة الخرق ضرورة الافتراق لا عن قبض
حتى لو سلم المكيل والموزون في المجلس صح الصلح في الكل والفساد الطاري لا يوجب
الشيوع وفي مسئلة الكتاب الفساد مقارن فيسري الى الكل فان قلت
تمليك الدين من غير من عليه جائز الا يرى لو اشترى العبد المأذون متاعا فوهب
الثمن من مولاه جازت الهبة وانه تمليك الدين من غير من عليه وهو المولى
اجيب بان الدين وان كان على العبد فهو على المولى من حيث الحكم لان
المستحق بهذا الدين هو مال المولى وهو رقبته وكسبه فصار بمنزلة غريم
الميت اذا وهب الدين من الوارث صح اذ الدين على الوارث حكما لانه يستحق
ماله ان لم يكن الدين مستغرقا او فيه حقه ان كان قوله وذكر الكرخي
في القسمة انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وذكر في مبسوط شيخ
الاسلام والذخيرة جواب الاستحسان والقياس كما ذكر في الكتاب
من غير نسبة الى الكرخي فقال شيخ الاسلام هذه المسئلة على وجهين
اما ان كان الدين مستغرقا او غير مستغرق ففي الاول لا يقسم لانه لا ملك
لهم في التركة لان الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا
لا يقسم واما في الوجه الثاني فالقياس ان لا يقسم ولكن يوقف الكل
وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم بناء
على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا هل يمنع ملك الوارث ام لا فالقياس ان لا يملك
شيئا من التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان
يملك التركة حتى لو كان الموروث جارية حل له وطئها استحسانا نفيا للضرر
عن الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين فاذا ملكوا جميع التركة استحسانا
كان يجب ان يقسم الكل بينهم الا انه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض
قضائه ولا يأخذ كفيلا بشيء من ذلك كذا في الشرح وقد اعترض في بعض
الحواشي على قوله وذكر في المبسوط والذخيرة جواب الاستحسان والقياس
كما ذكر في الكتاب بان ما ذكر في المبسوط يخالف ما ذكر في الكتاب اذ جواب
الاستحسان في الكتاب عدم الجواز وجواب القياس الجواز وفي المبسوط
على العكس وقد يجاب بان التشبيه بما ذكر في الكتاب في حق اختلاف
جواب الاستحسان والقياس لا في جميع الوجوه اي ذكر في مبسوط شيخ الاسلام
جواب الاستحسان والقياس على الاختلاف كما ذكر في الكتاب وقد
حرف النفي وسقوطه من قلم الكاتب اي لا كما ذكر في الكتاب

كتاب المضاربة

قلت المضاربة شرعا شركة في الربح

بمال

بمال من جانب وعمل من جانب اخر كذا ذكر في الكافي فان قلت الشركة في الربح
ليس بلازم لعقد المضاربة اذ العقد قبل الربح مضاربة وليس هناك شركة
في الربح لان الشركة في الشيء لا يسبق وجوده اجيب بانه كان المراد بالمضاربة
اشتراط شركة في الربح بان يكون في احد الجانبين مال وفي الاخر عمل والربح
ان كان لا يلزم المضاربة فاشتراطه لازم له او المراد شركة في الربح على تقدير
حصوله وهذا القدر لازم لهذا العقد وانما قال شركة لانه لو لم يشترط الشركة
في الربح فان جعل الربح كله للمضارب كان قرضا وان جعل لرب المال كان
بضاعة قوله من الضرب في الارض وهو السير سمي هذا العقد به لان
المضارب يستحق الربح بسعيه اي بسيره في الارض غالبا واهل المدينة يسمونه
مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع فصاحب المال يقطع ذلك
المال عن تصرفه وجعل التصرف فيه لغيره ولكنا اخترنا لفظ المضاربة
لانه موافق لقوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله
اي يسافرون للتجارة ونيل الربح قوله وهو وكيل فيه وفي الكافي في المضارب
اولا امين وعند الشروع في العمل وكيل والظاهر انه وكيل تسليم المال اليه
كما نص به الشارح حيث قال وحكم المضاربة صيرورة المضارب وكيلا
بعد تسليم رأس المال اليه ولكن اثر التوكيل لما لم يظهر الا عند الشروع
في العمل جعله وكيلا عنده قوله في البيوع اي بيوع الوكالة لا في كتاب البيوع
وان هذه المسئلة مذكورة في الوكالة بالبيع لا في كتاب البيوع قوله لانه
يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة لان التوكيل
يقبل الاضافة وكذا الاجارة تقبلها بان قال اجرت داري هذه غدا صح لانها
تنعقد ساعة فساعة فالعقد في حق الحكم كالمضاف الى وقت وجود المنفعة
فبقي الاجارة في حق الحكم على الاضافة فكيف يكون الاضافة مانعة صحة
الاجارة فان قلت كيف يكون المضاربة استيجارا ببعض الربح الحاصل
من عمل المضارب والاستيجار ببعض ما يخرج من عمل المستأجر لا يجوز لانه
في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك لما سيأتيك
في الاجارات قلنا القياس يقتضي هكذا الا انا جوزنا بالاجماع قوله
لان شرط ذلك اي دراهم مسماة يقطع الشركة اي يفضي الى قطع الشركة
لانه ربما لا يربح الا قدر الدراهم المسماة قوله زيادة عشرة اي على الجزء
الشائع قوله فله اجر مثله لفساده اي لفساد عقد المضاربة ولذا فسدت
كانت اجارة فاسدة والمستحق في الاجارة الفاسدة للعامل اجر مثل عمله
قوله ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط الباء للتعدية يعني دركن زائد

نشود اجر مثل قدر مشروط را ای لا یزاد الاجر علی المشروط لرضاه بالاقل
قوله ولانه ای المال عین مستاجره بالاضافة والمستاجر بصیغة اسم
الفاعل ای المال عین من استاجر المضارب لیعمل المضارب فی ذلک العین
فصار کاجیر الوحد والمال فی ید اجیر الوحد امانة فکذا هنا قوله وغیر ذلک
ای مما ذکر من الشرط القاطع للشرکة او الموجب للجهالة فی الربح وقد یقال
شرط العمل علی رب المال یفسد العقد علی ما یجیء مع انه غیر داخل فی الشرط
القاطع للشرکة ولا فی الشرط الموجب للجهالة فی الربح فنفی التعمیم
بقوله وغیر ذلک من الشروط لا یفسدها نظر فلو قال کل شرط یختل
به مقصود المضاربة یفسدها لکان اولی قوله کاشتراط الوضیعة ای
الخسران وقد یقال شرطه ربما یفضی الی قطع الشرکة فی الربح بان یکون
الخسران مستوعبا لما یخص المضارب من الربح والشرط القاطع للشرکة
فی الربح مفسد علی ما مر وجوابه ظاهر اذ الخسران یذهب بالربح فتامل
قوله لان المال امانة فی یده فلا بد من التسلیم الیه الاولی فی التعلیل
ان یقال لان العمل مستحق علی المضارب ولا یتمکن من العمل الا بتسلیم المال
الیه فلا بد من التسلیم اما کون المال امانة فلیس بامر مطلوب فی المضاربة
بل هو من ضرورة قبض المال بامر المالک فلو سلم الیه کان امانة ولکانه
اراد لان المال لا بد وان یکون امانة فی یده لیتمکن من العمل فلا بد من تسلیمه
الیه قوله والتوکیل من صنیعهم فان قلت فیجب ان یملک المضاربة ایضا
لانها ایضا من صنیعهم کما نص علیه من بعد اجیب بان المماثلة ما نعة من التضمن
والتوکیل دونه لکنه یشکل فی الروایة التی جاءت ان الشیء یتضمن مثله
والله اعلم قوله لان الشیء لا یتضمن مثله فان قلت فیجب ان لا یجوز
الامامة الا اذا کان الامام اقوی حالا من المقتدی لان صلوته تتضمن
صلوة المقتدی علی ما مر والشیء لا یتضمن مثله اجیب بان القیاس کذلک
الا انا جوزنا الامامة عند تساوی حالهما بالاجماع علی خلاف القیاس
فان قلت للمعیر ان یعیر وللمستاجر ان یوجر وللماذون ان یاذن وللمکاتب
ان یکاتب وهل هذا الا تضمن الشیء مثله قلت هؤلاء لا یملکون هذه
التصرفات فی ضمن امثالها لانهم لا یتصرفون بحکم النیابة بل بحکم المالکیة
فان المستعیر والمستاجر یملکان المنافع ومن ملک شیئا ملک تملیکه
من غیره والماذون والمکاتب یملکان التصرف اصالة حتی لا یملک المولی
منعهما عن التصرف بخلاف المضارب والوکیل والمودع فانهم یتصرفون
نیابة فلا بد من الانابة فلا یملکون المضاربة والتوکیل والایداع الا بانابة المالک

والانابة

والانابة فی هذه التصرفات لم توجد مقصودة فلو ثبتت لثبتت فی ضمن الانابة
الاولی والشیء لا یتضمن مثله فان قلت فی تضمن المثل روایتان علی ما نص
به المصنف رحمه الله فی بعض المواضع فیجب ان یملک المضارب المضاربة والمودع
الودیعة والوکیل التوکیل فی الروایة التی جاءت ان الشیء یتضمن مثله
اجیب بان الشیء وان کان یتضمن مثله ولکن اذا لم یوجد هناک مانع من التضمن
وقد وجد فان الناس یتفاوتون فی الحفظ والهدایة فی التصرفات
فلا یکون الراضی بحفظ واحد وتصرفه راضیا بحفظ غیره وتصرف غیره
ولکنه یشکل بالتوکیل فان المضارب یملکه فی ضمن المضاربة فلو کان
اختلاف احوال الناس مانعا من تضمن المضاربة مع جواز ان یتضمن
الشیء مثله لوجب ان یمنع تضمن التوکیل ایضا قوله لان الواو للعطف ای
لمطلق العطف وانه یحتمل التفسیر والمشورة والمضاربة قد تمت بقوله خذ
هذا المال مضاربة بکذا بصفة الاطلاق فلا یتقید بالشک بخلاف ما
اذا قال خذ هذا المال مضاربة بالکوفة حیث خرجت المضاربة مفیدة فلا تحمل
علی الاطلاق قوله کشری الخمر احترازا عن الشری بالخمر لان المبیع یدخل
فی ملکه علی وجه الفساد فیتمکن من التصرف فیه قوله والشری بالمیتة
نبه به لیثبت الحکم فی شری المیتة بالطریق الاولی لان الشری بها لم یفد
الملک فی بدلها ففی عینها بالطریق الاولی قوله وان کان فی المال ربح لم یجز
له ان یشتری من یعتق علیه الی قوله فیمتنع التصرف فلا یحصل المقصود
قلت اذا اشتری المضارب نصف من یعتق علیه براس المال ونصفه
لنفسه بمال نفسه ولیس فی المال ربح نفذ شراء النصف علی رب المال
مع ان نصیب المضارب یعتق علیه فیمتنع التصرف فیما اشتری من مال المضاربة
فلا یحصل المقصود فیجب ان لا ینفذ شراء النصف علی المضارب وکذا لو
اشتری المضارب مع اجنبی من یعتق علی الاجنبی صح ونفذ علی رب المال
وهذا الشراء لا یفید التصرف والتقلب حیث یعتق نصیب الاجنبی فیفسد
نصیب مال المضاربة او یعتق قوله لانه لا صنع من جهته فی زیادة القیمة
ولا فی ملکه الزیادة وقد یقال ان لم یکن له صنع فی الملک فصنعه فی الشری
الموجب لملکه ایاه ظاهر ومثله یکفی للتعدی الا یری انه لو علق طلاقها
فی الصحة بفعل لا بد له منه ثم مرض ووجد الشرط یصیر فارا لانه ان لم یکن
له بد من فعل الشرط فله من التعلیق الف بد علی ما مر فی الکتاب فاعتبر الزوج
قاصدا لابطال حقها بالتعلیق فی الصحة وان لم یکن له قصد بفعل الشرط
لانه مما لا بد له منه فکذا هنا قوله والمدعی موسر قید بالموسر لیثبت الحکم

في المعسر بالطريق الاولى لانه اذا لم يجب هنا ضمان الاعتاق على الموسر مع انه
ماخوذ بضمانه في الجملة فلان لا يجب على المعسر وانه ليس بماخوذ بضمانه قط
اولى **قوله** لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك توضيحه ان للمالك حق
الدعوة في مملوكه واذا كان للشخص حق الدعوة في ولد لم ينفذ فيه دعوة غيره
كيلا يبطل ماله من حق الدعوة وكذا الملاعنة لما كان للملاعن ان يدعيه لا ينفذ
فيه دعوة غيره فكذا دعوة غير المالك لا ينفذ في المملوك لتعلق حق المالك
في دعوته الا اذا صدقه لانه اسقط حقه ح والمالك هنا قبل ظهور الربح
هو رب المال دون المضارب فلا ينفذ دعوته ثم اذا زادت القيمة وظهر
الربح ثبت الملك فيه للمضارب ايضا فنفذت دعوته لمكان الملك **قوله**
كما ل المضاربة اذا صارت اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر
الربح عندنا خلافا لزفر رح لانه ليس احدهما باولى من الآخر كذا في الكافي
وفيه نظر لانه اذا كان راس مال المضاربة فاشترى بها فرسين
كل واحد منهما يساوي الفا كان للمضارب ربعهما حتى لو وهب لربع لرجل
وسلمه اليه صح فلو كان عدم ظهور الربح عند صيرورة راس المال اعيانا
كل منها يساوي راس المال باعتبار انه ليس احدهما اولى من الآخر حتى تعين
احدهما لراس المال والآخر للربح لزم ان لا يظهر الربح اذا اشترى براس المال
فرسين كل منهما يساويه كما لا يظهر اذا اشترى به عبدين كل منهما يساوي
راس المال وقد نص في الاسرار على ما نقله الشارح السغناقي عنه بظهور الربح
فيما اذا اشترى براس المال فرسين كل يساويه **وجوابه** انه فرق في الاسرار
بين مسئلة العبدين ومسئلة الفرسين بان العبدين لا يقسمان جملة
بل كل واحد يكون بين الشريكين على حياله واذا اعتبر كل وحده لم يفضل
شئ منه على راس المال بخلاف الفرسين لانهما يقسمان جملة واذا اعتبر
جملة حصل البعض ربحا وكما ان العبيد لا يقسمون جملة عند ابي حنيفة
فكذلك مذهبهما لانهما يقولان ان العبيد بمنزلة اجناس مختلفة حكما الا ان
يرى القاضي الصلاح في الجمع ويتراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسئلتنا
هذا كلامه وبه يسقط النظر لان عدم الاولوية انما يكون عند اعتبار كل
على حدة كان ليس معه غيره كما في مختلفي الجنس حقيقة كالفرس والشاة او حكما
كالعبدين فاما عند اعتبار الكل كشئ واحد كما في متحد الجنس فيمكن اظهار الربح
فيه كما لو كان الكل دراهم او دنانير وبهذا تبين ان المراد بقوله صارت
اعيانا الاعيان المختلفة جنسا كما نص عليه في الكافي حيث قال اذا صارت
اجناسا مختلفة **قوله** والملك آخرهما لا يقال بل النسب آخرهما لان الملك

شرط لنفاذ الدعوة والنسب يثبت بعد نفاذه فيثبت الملك ثم ينفذ الدعوة
ثم يثبت النسب فكان النسب بعد الملك بالضرورة لانه وان كان يثبت
بعد الملك فهو يستند الى وقت العلوق فيكون مقدما معنى **قوله** لان
الالف المأخوذ لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر
ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما **فان قيل** لم لا يجعل الامة راس المال
وجميع الولد ربحا **قلنا** لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس راس المال
فكان تعيين الالف من السعاية لراس المال اولى كذا في الكافي واعترض
عليه في الحاشية بقوله وفيه فان الواجب على المضارب قيمة الام وهي من جنس
راس المال ايضا تم لفظها **قلت** هذا الاعتراض غير متوجه لان قيمة الام
انما تجب على المضارب بعد ما تكون ربحا وتصير ام ولد له بحكم الشركة
وهي انما تكون ربحا ان لو جعل راس المال من السعاية اما لو جعلت الجارية
من راس المال لم تجب على المضارب قيمتها لعدم الشركة وامومية الولد
فيلزم جعل راس المال من خلاف جنسه وهو الجارية مع وجود ما يجانسه
وهو مال السعاية **باب المضارب يضارب** **قوله**
الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره مشكل
لانه لا صنع له في حصول الربح لابتنائه على زيادة القيمة التي لا صنع له فيها
وهنا ضمان التعدي فلا يثبت بدونه الا يرى ان فساد ملك رب المال
بعتق بعض الولد عند ازدياد قيمته على الالف التي هي راس المال في المسئلة
التي مرت عن قريب لا يوجب الضمان على المضارب لعدم الصنع منه في زيادة
القيمة نعم له صنع في الدفع الى المضارب لكنه في الدفع ليس بمتعد الا ان
الدفع اذا آل الى الشركة صار خيانة من وقته لانه ماذون في الدفع على وجه
لا يثبت لغيره شركة في المال فاذا دفع وآل الى الشركة صار تعديا بخلاف
مسئلة ولد الجارية فانه لا تعدي منه الا الدعوة ولكن العتق لا يضاف اليها
بل الى الملك الحادث بعد الدعوة المستندة الى العلوق **قوله** كما لو خلطه بغيره
قلت هذا من باب الاختلاط دون الخلط والخلط ان كان يوجب الضمان
فالاختلاط لا يوجبه بل يوجب الشركة كما لو انشق الكيسان في صندوقه فاختلطا
وكما لو اشترى نخلا مع ثمرها فاثمرت بعد القبض اشتركا في الثمن **قوله** فان كانت
فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني كان الاولى ان يقول وان ربح الثاني
لانه لا يضمن بمجرد العمل في الصحيحة ايضا عند ابي حنيفة انما الافتراق بين
الصحيحة والفاسدة عند حصول الربح فيضمن عند حصوله في الاولى دون
الثانية فكانه اراد وان عمل وربح على حذف المعطوف **قوله** من حين خالف

فان قلت المخالفة بالدفع مذهب زفر فاما عندهما فبالعمل وعنده بالشركة
فى الربح اجيب بان المخالفة عنده وان كان يثبت بالشركة فى الربح لكن
مستندا الى وقت الدفع فيستند الضمان اليه ايضا قوله وان ضمن الثانى
يرجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته
فى ضمن العقد ويصح المضاربة والربح بينهما لان قرار الضمان على الاول فكانه
ضمنه ابتداء وقد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين ما اذا مات العبد المرهون
فى يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن
المرتهن فان ضمن الراهن صح الرهن كما صحت المضاربة وان ضمن المرتهن
فالمرتهن يرجع بما ضمن على الراهن وبالدين ايضا ولا يصح الرهن مع ان
قرار الضمان على الراهن كما ان قرار الضمان هنا على المضارب وقال الشارح
فى الفرق ان استرداد القيمة كاسترداد العين فينتقض قبض المرتهن باسترداد
المستحق القيمة وبدون قبضه لا يكون مرهونا وههنا ايضا استرداد المثل
كاسترداد العين ولكن لا ينعدم ابتداء اليد للمضارب على المال واستدامته
ليس بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب المال على رب المال واستعان
به فى التصرف كان الربح بينهما على ما شرطا ولو رد المرتهن المرهون على الراهن
بعارية او غيرها خرج من ضمان الرهن وفيه نظر لان العين ان كانت
لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند خروجه عن قبض المرتهن فلا يخفى انه اذا
عاد الى قبضه يعود مضمونا لما عرفنا ان الرهن لا يبطل بالخروج عن قبضه
والقيمة ان صارت مستردة بتضمين المرتهن فقد يعود اليه بتضمينه الراهن
فيبطل حكم تضمين المستحق فيصير كانه لم يسترد القيمة عن المرتهن وقد ذكر
الشارحون فرقا اخر ولكنه لا يغنى عن الحق شيئا وسنذكره فى الرهن
فالاوضح فى الفرق ان يقال ان المضاربة بين الاول والثانى وقعت
صحيحة لا فاسدة كما اشار اليه المصنف بقوله وهذا اذا كانت المضاربة
صحيحة فاذا كانت فاسدة لا يضمن الاول لانه اجير وله اجر مثله فلا يثبت
الشركة فهذا تصريح بان المضاربة بين الاول والثانى صحيحة اذا خلت
عن المفسدات وهذا لان للمضارب الاول نصيبا فى الربح فاذا شرط لغيره
شيئا من نصيبه جاز غير انه عند شركته يضمن للاول لانه خلط مال الغير بماله
بدون امره واذا ضمن يكون الربح بينهما على ما شرطا وهذا هو المراد بقوله
صحت المضاربة اى يكون الربح بينهما على ما شرطا وليس المراد انها لم تكن صحيحة
ولكن صحت بعد الضمان لانه لو لم تكن صحيحة لم يجب الضمان على الاول على ما نطق
به قوله وان كانت فاسدة لا يضمن الاول بخلاف مسئلة الرهن فانه ظهر

عند

عند الاستحقاق انه رهن عند غيره وهو باطل لان الرهن ايفاء والايفاء بمال الغير
باطل فمتى ضمن المستحق المرتهن ظهر انه كان رهن عبد غيره فيبطل وبتضمين المضارب
الثانى وان ظهر انه دفع مال غيره مضاربة ولكن هذه المضاربة صحيحة
لانه ايداع وابضاع فيصح ذلك من المضارب واشتراطه للمضارب شيئا من الربح
لا يوجب الفساد لان له نصيبا من الربح فجاز ان يشترط لغيره شيئا من نصيبه
الا انه اذا ربح الثانى وصار شريكه فى الربح حصل خلط مال الغير بمال
رب المال فيضمن له والحاصل ان المضارب الاول والراهن اذا ضمن
المضارب الثانى والمرتهن يملك كل واحد المضمون من وقت التسليم لان
سبب ضمان المضارب الاول للثانى والراهن للمرتهن هو تسليمه لانه
الموجب للغرور والملك يستند الى سبب الضمان فيظهر بعد الضمان
ان المضارب الاول دفع مال رب المال مضاربة وان الراهن رهن
عند غيره اذ المضاربة والرهن سابقان على التسليم الا ان رهن
عبد غيره باطل ودفع مال رب المال الى غيره مضاربة صحيح فيما بينه
وبين الثانى على ما مر وهذا بخلاف ما اذا ضمن المستحق الراهن لان
المستحق انما يضمنه بالقبض السابق على الرهن فيملكه بعد الضمان من حين
القبض فيظهر انه رهن عبد نفسه فيتم الاستيفاء بالرهن عند هلاكه
نعم يشكل بما اذا كان الراهن مودعا لانه يضمنه بالتسليم سواء ضمن
المستحق الراهن او المرتهن فيجب ان يبطل الرهن فى الوجهين جميعا غير ان
فى نفاذ رهن المودع عند اداء الضمان الى المستحق روايتين قلنا
ان نمنع ثم قوله لانه مغرور من جهته فى ضمن العقد يشكل لما مر فى باب
الاستحقاق من الاشارة الى ان الغرور انما يوجب الضمان فى ضمن عقد
المعاوضة حيث قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد
للمشترى اشترنى فانى عبد فان كان البايع غايبا لا يدرى اين هو
رجع المشترى على العبد ورجع هو على المولى وان ارتهن عبدا مقرا
بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه على كل حال الى ان قال وهما اى
لابى حنيفة ومحمد وهو ظاهر الرواية ان المشترى شرع فى الشراء معتمدا
على امره واقراره انه عبد فيجعل ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البايع
دفعا للغرور والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل ضمانا للسلامة
كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء
عين حقه ولا يجعل الامر به ضمانا للسلامة هذا كلامه ففيه اشارة
ظاهرة الى ان الغرور لا يوجب الرجوع الا فى ضمن عقد المعاوضة

حتى لم يجعله موجبا للرجوع في ضمن عقد الرهن مع انه معاوضة من وجه
فلان لا يوجب في ضمن عقد المضاربة وانه ليس بمعاوضة اصلا اولى
وقد نص على ذلك في كتاب الهبة ايضا حيث قال واذا تلفت العين
الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء
لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن
عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في غيره هذا كلامه فجعل المضارب
الثاني راجعا على الاول بحكم الغرور في ضمن عقد المضارب مع التصريح
بان الغرور لا يوجب الضمان في ضمن عقد لا معاوضة فيه في غاية الاشكال
الا يرى ان الغرور في ضمن عقد الهبة لا يوجب الرجوع على الواهب
حتى لو استولد الجارية الموهوبة ثم استحقت لا يرجع بقيمة الولد على الواهب
واما المودع فانما يرجع بما يلحقه من الضمان عند استحقاق الوديعة
على المودع باعتبار انه عامل لاجله لا لاجل الغرور وان اجيب بانا
لا نسلم ان المضاربة ليست بعقد معاوضة بل هو استيجار ببعض
الربح حتى كان القياس فيه عدم الجواز لانه في معنى قفيز الطحان
الا انها جوزت بالتعامل والحاجة فكان الغرور فيها موجبا للرجوع
كما في ضمن عقد البيع قلنا ان المضاربة وان كانت استيجارا ببعض
الربح فهي ليست باستيجار بالنسبة الى راس المال بل هو امانة محضة
والكلام في ضمان راس المال وبالنسبة اليه لا معاوضة اصلا قوله
ولانه غرر في ضمن العقد وهو سبب للرجوع مشكل لما ذكرنا ان
الغرور انما يكون موجبا للرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة حتى
لا يكون موجبا له في ضمن عقد الرهن مع انه عقد معاوضة من وجه
تبرع من وجه فلان لا يكون موجبا للرجوع في ضمن عقد المضاربة وانه
عقد تبرع بالنسبة الى تسليم راس المال من كل وجه اولى

فصل

قوله ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه قلت اشتراط
عمله ليس بشرط فانه لو شرط بعض الربح لعبد رب المال ولم يشترط
عمله فالمضاربة جائزة والربح المشروط للعبد يكون لرب المال سواء
كان عليه دين اولا اما اذا لم يكن عليه دين فشرط الربح له شرط لمولاه
وان كان مديونا فاشتراط الربح له لاشتراطه لاجنبي واذا شرط
للاجنبي ولم يشترط عمله فالمشروط له من الربح لرب المال كذا وانما ذكر
شرط العمل ليشعر بذلك ان اشتراط عمل عبد رب المال لا يفسد المض
كما يفسدها اشتراط عمل رب المال قوله لان للعبد يدا معتبرة

اذا كان مأذونا قلت هذا يشعر بان يد المحجور ايضا معتبرة وقد صرح
في الذخيرة بان يده غير معتبرة حيث قال رجل وهب لعبد جارية وقبضها
العبد ثم اراد الرجوع والمولى غائب فان كان العبد مأذونا كان له
ذلك لانه يده حقا فيما هو كسب المأذون بعقد جرى بينه وبين المأذون
كما لو ادعى شيئا في يد المأذون انه اشترى منه وان كان محجورا عليه لم يكن
له ذلك لانه فيما في يده بمنزلة المودع من جهة المولى الا يرى ان من ادعى
عينا في يده انه اشتراه من المحجور لا ينتصب خصما له والفقه ان للمأذون
يدا معتبرة على ما في يده كالمكاتب وليس للمحجور على ما في يده يد معتبرة
ولهذا لو باع ما في يده لا يجوز بيعه وان كان من كسبه ولما كان
كذلك كان رجوع الواهب في الوجه الاول متضمنا لبطلان يد العبد
وكان هو الخصم في ذلك فلا يشترط حضرة المولى وفي الثاني متضمنا
ابطال يد المولى حكما وكان المولى هو الخصم فيشترط حضرته هذا لفظه
وقال في الكافي صبي وهو يعبر عن نفسه اي يعقل ما يجري على لسانه
فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد فكان
المدعي خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون
لكل انسان يد على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه في يد غيره دليل
الاهانة ومع ثبوت يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه للتنافي بين
اليدين الا اذا اسقط اعتبار يده شرعا فحينئذ تعتبر يد الغير عليه
وسقوط يده قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه
اي لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لان الرق عبارة
عن عجز حكمي واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف
انتفت القدرة ولو قال انا عبد لفلان لغير ذي اليد وهو يعبر عن نفسه
وقال الذي في يده انه عبدي فهو عبد للذي في يده فكان يد صاحب اليد
عليه معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تقطع يده الا بحجة
وشهادة العبد ليس بحجة هذا كلامه وانه تصريح بان الرق ينافي ثبوت
اليد له وان يكون هو في يد نفسه على خلاف ما صرح به هنا من ان للعبد
يدا معتبرة وان كان محجورا عليه وجوابه ان العبد من حيث انه مكلف
له يد معتبرة ومن حيث انه رقيق ملحق بالجماد لا يد له فله يد من وجه دون وجه
فقلنا ما كان ثابتا لا يزول بالشك وما لم يكن لا يثبت بالشك وملك
الواهب قد زال بالهبة اليه وقد يثبت الشك في صحة الرجوع في الصورة
المذكورة فلا يعود بالشك وفيما اودعه العبد المحجور لا يثبت للمولى ولاية الاخذ

فيما في يد غيره بالشك وعلى هذا غيرهما من المسائل والله اعلم **قوله** ولهذا
لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه **قلت** هذا
اذا لم يعلم المودع انه كسب العبد او مال المولى اما اذا علم بذلك فللمولى
ان يأخذه كذا في الذخيرة وذكر في الجامع اذا كان للعبد وديعة عند رجل
او غصب منه الف درهم فاقر الذي عنده المال ان الذي دفع اليه المال
عبد هذا الرجل وصدقه المولى فان القاضي لا يأمره بدفع المال الى المولى
لان العبد هو الخصم فيما هو في يده هذا اذا اقر ان المال وصل اليه من جهة
عبد المدعي ولم يقر بالملك للمدعي وكذا اذا اقر بكونه ملكا له لا يجبره
القاضي على التسليم اليه لانه اقر انه ماله لكنهما تصادقا على انه وصل
اليه من جهة الغائب فقد تصادقا انه ليس بخصم كما اذا ادعى عينا
في يد انسان وقال ذو اليد ان فلانا اودعه او غصب منه وصدقه المدعي
في ذلك لا ينتصب خصما كذا ههنا كذا في الفصول **قوله** صح عند ابي حنيفة
يشير الى انه لا يصح عندهما اذ لو كان صحيحا عندهما ايضا لما ذكر في الحاشية
الشاهانية من حيث ان المولى وان كان يملك كسب عبده المأذون
المديون عندهما لكن لتقدم حق الغرماء هو كالاجنبي فيصح ان يشترط
عمله مع المضارب لم يكن للتقييد بقوله عند ابي حنيفة فائدة فما ذكر
في الحاشية مما يتأمل فيه ولو كان ما ذكر فيه صحيحا لكان رواية عنهما
غير رواية اشير اليها في المتن **قوله** لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده
الصواب ان يقول لان المولى اجنبي عنده لما عرف ان المولى لا يملك
اكتساب المأذون المديون عند ابي حنيفة رح وعندهما يملك ولكن حق الغرماء
مقدم فيكون المولى اجنبيا عنده حقيقة وعندهما بمنزلة الاجنبي لا
ان يقال المراد من الاجنبي هو الاجنبي من العبد دون اكتسابه اي المولى
بمنزلة الاجنبي من العبد عنده لانه لا يملك اكسابه كما لا يملكه الاجنبي
وعندهما ليس بمنزلة الاجنبي عن العبد لانه يملك اكسابه **فصل**
العزل والقسمة قوله ولحق بدار الحرب اي تقرر لحوقه بدار الحرب
بان قضى بلحوقه بها **قوله** بطلت المضاربة وهذا ان لم يعد مسلما اما اذا
رجع المرتد مسلما جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عقد المضاربة
على ما شرطا بخلاف الوكالة فان الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد
مسلما لم يعد الوكيل على وكالته اما اذا لم يتصل قضاء القاضي بلحوقه فان
هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب عزل الوكيل ولا بطلان المضاربة
بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل انما ينعزل بخروج محل التصرف عن الملك

ام ههنا

انا ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في الشرح ولا
يخلو عن نوع اشتباه لانه ان تعلق بالتصرف حق المضارب لا يبطل المضاربة
اصلا سواء عاد رب المال مسلما او لم يعد لان المضارب بعد ما صار المال
ناضا يبطل المضاربة مطلقا عاد مسلما او لم يعد لان المضارب بعد ما صار
المال ناضا يكون في حكم الوكيل حتى ينعزل بالموت وباللحوق بدار الحرب
مرتدا اشير في الحاشية عند قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض
ونحوها حيث ذكر فيها الارتداد واللحوق بالعطف على الموت فقال وارتداده
ولحوقه بدار الحرب ولفظ الكافي وعلى هذا موت رب المال ولحوقه
بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكان المعنى ان رب المال اذا مات
او لحق بدار الحرب مرتدا والمال عروض فله ان يبيعها وان كان ناضا
بطلت المضاربة فهذا تصريح بان اللحوق بدار الحرب مرتدا في حكم العزل
فالتقييد بقوله وهذا اذا لم يعد مسلما مما لا يعرف وجهه **قوله** فالمضاربة
على حالها يشير الى ان العهدة ورجوع الحقوق بعد الردة على المضارب
وهذا عند ابي يوسف ومحمد واما عند ابي حنيفة فالمضاربة وان بقيت
بعد الردة لكن الحقوق فيها لا ترجع الى المضارب اذ لو لزمته الحقوق
لقضي من ماله ولا تصرف له في ماله فالمضاربة عنده ليست على حالها
بل تغيرت حالها من رجوع العهدة الى عدم رجوعها الا ان يراد بقوله على حالها
انها باقية لم تبطل بالردة فيكون عند الكل وفي الشرح ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا حتى اذا اشترى وباع
وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات ولحق بدار الحرب فان جميع ما فعل
من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة
لتعلق حق ورثته بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى
لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة لانه نائب فيه عن رب المال او هو
متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته فيه فلهذا نفذ تصرفه هذا كلامه
قلت المقصود هنا هو الفرق بين ارتداد المضارب وارتداد رب المال
قبل لحوقهما بدار الحرب من حيث ان ارتداد المضارب قبل لحوقه بدار
الحرب لا يوجب توقف تصرفاته وارتداد رب المال يوجب توقف
تصرفات مضاربه فاما بعد لحوقهما بدار الحرب وقضاء القاضي
باللحوق فيجب ان يبطل المضاربة بلحوقهما مرتدين لانه في حكم الموت وموت
كل منهما يوجب بطلان المضاربة فكذا اللحاق الذي هو في حكم الموت
ذلك ان المضاربة تبطل بما يبطل به الوكالة والوكالة تبطل بلحوق الموكل

٧ كما لو مات حقيقة وان لم يتعلق به حقه بان

ده

والوكيل جميعا غير ان الوكالة تبطل بلحوق الوكيل بطلانا باتا عند ابي يوسف
حتى اذا عاد الى دار الاسلام مسلما لا تعود الوكالة وعند محمد رح تعود
فيجب ان تبطل المضاربة بلحوق المضارب مرتدا كالوكالة وهل تعود اذا
عاد مسلما فعلى الاختلاف كما في الوكالة وفي الخزانة اربعة تنتقض المضاربة
بها بالموت والردة مع اللحوق والحجر والجنون المطبق هذا لفظه جعل
الردة مع اللحوق مبطلا للمضاربة من غير فصل بين ردة رب المال مع لحوق
وردة المضارب مع لحوق فعلم ان الردة مع اللحوق مطلقا تبطل المضاربة
سواء كان فعلى هذا ما ذكر في كنز الدقايق من قوله
وتبطل اى المضاربة بموت احدهما وبلحوق المالك مرتدا محل تأمل لان
تخصيص المالك يشعر بان المضاربة لا تبطل بلحوق المضارب مرتدا كما
نص عليه في حاشيته للامام معين الدين العمراني حيث قال قيد بالمالك
لانه لو ارتد المضارب ولحق فالمضاربة على حالها عندهم لان له عبارة
صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت هذا لفظه وهذا لفظ
الكافي الا انه ذكره في غير محله وزاد قوله ولحق وليس ذلك لفظ الكافي
فلنذكر عبارة الكافي حتى يعلم ما فيه من تغيير المحل وزيادة ما ليس فيه
ففي الكافي وتبطل المضاربة بموت رب المال او المضارب لانه توكيل
وموت الموكل والوكيل يبطل الوكالة ولا يورث الوكالة وبلحوق رب
المال مرتدا بدار الحرب لانه كالموت حتى يقسم ماله بين الورثة
ويعتق مدبره وام ولده وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند
ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان او القتل لان عنده لو
تصرف رب المال بنفسه يكون موقوفا فكذا المضارب لانه يتصرف
له ولو كان المضارب هو المرتد والمضاربة على حالها عندهم لان عنده
انما يتوقف تصرفه لمكان التوقف في املاكه ولا ملك له هنا في مال
المضاربة وله عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت
المضاربة هذا لفظه فقوله ولو كان المضارب هو المرتد لبيان
الفرق بين ارتداد المضارب قبل اللحوق وارتداد رب المال قبله وهذا
لم يقيد ارتداد المضارب باللحوق واليه يشير التعليل لان توقف
تصرف المرتد انما هو قبل اللحوق والقضاء به باطل اجماعا لانقطاع
وكونه في حكم الميت في حقنا وظن صاحب الحاشية ان ذلك
الفرق بين المضارب ورب المال بعد لحوقهما بدار الحرب وذلك
غير صحيح عندي قوله والمال عروض كان الاولى ان يقال والمال

ليس من جنس رأس المال ليتناول ما اذا كان المال دراهم ورأس المال
دنانير وبالعكس فانه اذا كان كذلك فللمضارب ان يبيع ما عنده من النقد
بجنس رأس المال فيبيع الدراهم بالدنانير وبالعكس ليتمكن من رد رأس المال
فكانه اراد بالعروض ما لم يكن من جنس رأس المال اعم من ان يكون نقدا او عرضا
والله اعلم قوله فله ان يبيعها وينبغي ان لا يكون له الا البيع بجنس رأس
المال لان بقاء حق التصرف بعد العزل ليس الا ليصير المال من جنس رأس المال
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها وهذه الضرورة لا ترتفع ببيع
العروض بالعروض ولا بخلاف جنس رأس المال من النقود بل ببيعها بجنس
رأس المال فلا يملك الا ذلك والله اعلم قوله وانما يظهر اى الربح
بالقسمة وفي هذا نوع مخالفة لما سبق في مسئلة الجارية من قوله
واذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فهذا تصريح بان الربح يظهر
بمجرد ازدياد القيمة قبل ان يقع القسمة وعن هذا قيل ان المراد بالظهور
هو التميز والتعيين اى الربح انما يتميز عن رأس المال بالقسمة فلا مخالفة
قوله استحسانا لان الربح لا يظهر الا به والقياس ان لا يجوز تصرفه
لثبوت المجانسة من حيث الثمنية وقد استحسنوا الاخذ بهذا القياس
فيما اذا كان رأس المال دراهم فاشترى بدنانير حيث ينفذ ذلك على المضاربة
استحسانا ولا يكون ذلك استدانة عليه وذلك ان الدراهم والدنانير
كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو اشترى بالدراهم اما اذا اشترى
بالمكيل نفذ على المضارب لا على رب المال لانه استدانة فلا ينفذ
على المضاربة قوله فلا بد من توكيله وتوكله ولا يقال ان الوكيل
من يعمل للغير ورب المال في اقتضاء الديون عامل لنفسه لا للموكل
فانعدم ركن الوكالة لانا نقول ان المضارب اصل في حقوق العقد
لانه العاقد فيمكن ان يستفيد رب المال ولاية الاقتضاء منه بان
يجعل قبضه اولا للمضارب ثم لنفسه بخلاف الكفيل اذا توكل من المكفول له
بقبض دينه من المكفول عنه فانه لا يصح لانه لا يصير عاملا للموكل
الا وهو عامل لنفسه في فكاك ذمته عن المطالبة ولا يتصور انفكاك
عمله لنفسه عن عمله لغيره فاما ههنا فيتصور ان يجعل قبضه اولا
للمضارب ثم لنفسه كالغريم اذا توكل بقبض المديون فانه يصح
ويجعل قبضه اولا للمديون ثم لنفسه قوله والمراد منه الوكالة اذ
الحوالة عبارة عن نقل الدين من ذمة الى ذمة ولا دين هنا على المضارب
حتى يحيل به بين الوكالة والحوالة ان كلا منهما يثبت له ما لم يكن ثابتا

قوله لانهما يعملان باجرة عادة في الشرح اذا دفع الى سمسار الف درهم
وقال اشتر بها لى كذا باجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجر
لعمل مجهول فالشرى قد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات واستاجره على عمل
لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشرى لا يتم به ما لم يساعده البايع على البيع
وكذلك ان سمى عدد الثياب واستاجره لبيع طعام او شرائه ثم الحيلة
في جواز هذا ان يستاجره يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له او يشتري
فهذا جايز هذا كلامه وفي الكافي واما الذي يبيع بالاجر كالبياع
والسمسار فانه يجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة
فيجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله هذا لفظه
قوله ترادا الربح وقد يقال المضاربة عقد غير لازم فكان لبقائه
حكم ابتدائه ولو ابتدا المضاربة بعد اقتسام الربح ثم هلك بعض المال
او كله لم يترادا الربح فكذا هذا فصل فيما يفعل المضارب
قوله وليس له ان يشتري سفينة للركوب قال الشارح وهذا الحكم
في المضارب الخاص بنوع كالطعام مثلا اما اذا لم يخص رب المال
بالتجارة في شيء بعينه كان له شراء السفينة والدواب لانه ذكر
في المبسوط ولو كان رب المال دفع المال اليه مضاربة بالنصف
ولم يسم ما يشتري به فاشترى به طعاما او سفينة يحمل عليها الطعام
او اشترى دواب جاز ذلك على المضاربة لانه يملك التجارة في المدفوع اليه
مطلقا وجميع ما اشترى به من عقود التجارة فاما اذا دفعه اليه مضاربة
على ان يشتري الطعام خاصة فله ان يستاجر لنفسه اذا خرج في الطعام
خاصة كما يستاجر للطعام لانه لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع تجارته
في الطعام وله ان يشتري حمولة يحمل عليها الطعام فان ذلك من صنع
التجارة فان اشترى سفينة يحمل عليها الطعام فان ذلك لا يجوز على رب
المال لان شرى السفينة لا يعد من توابع التجارة في الطعام تم لفظه
قلت ما ذكر في المبسوط لا يدل على تقييد الحكم المذكور في الكتاب
بما اذا لم يخص رب المال بالتجارة في شيء بعينه لان ما ذكر فيه يدل على ان
عقد المضاربة لو كان مطلقا فللمضارب ان يشتري سفينة يحمل
عليها الطعام للتجارة والمذكور في الكتاب هو نفي شرائها للركوب
حيث قال وليس له ان يشتري سفينة للركوب وجاز ان يكون للمضارب
شراها للتجارة دون الركوب قوله وما اشبه ذلك وما اشبهه ما
اذا كان راس المال الف درهم فاشترى شيئا بالمكيل والموزون شيئا

لا ينفذ على المضاربة فاما اذا كان راس المال دراهم فاشترى بدنانير
او بالعكس يقع على المضاربة لاتحادهما في الثمنية وقد يحتاج الى الفرق
بين المضارب والوكيل فالمضارب اذا اشترى بالدراهم وراس ماله
دنانير او بالعكس نفذ على رب المال فاما الوكيل اذا اشترى بالدراهم
والموكل وكل بالشرى بالدنانير او بالعكس نفذ على الوكيل قوله فان
دفع شيئا من مال المضاربة قال الشارح هذا يقتضي ان يكون المدفوع
الى رب المال بعض مال المضاربة وتقييده بدفع البعض توهم ان الحكم
في دفع الكل بخلافه فليس كذلك قلت معناه وان دفع شيئا او حمله
على حذف المعطوف وانما لم يذكره اكتفاء بالدليل اذ قوله ولنا ان
التخلية الى اخره يوجب التسوية بين دفع البعض والكل قوله فصلح
رب المال وكيلا عنه يشكل بما مر ان ركن الوكالة هو ان يعمل للغير حتى لم يصح
توكيل الكفيل بقبض الدين من المطلوب لانه عامل لنفسه في قبضه حيث
يبرأ من المطالبة ورب المال عامل لنفسه سيما قبل ظهور الربح فيجب
ان لا يصح توكيله من المضارب كيف والمضارب وكيل في العمل عن رب
المال نائب عنه فيه فاستحال ان يكون الاصيل نائبا عن نائبه وجوابه
انه ليس المراد بكونه عاملا للغير ان لا يرجع نفعه اليه الا يرى ان توكيل
المديون بابرائه عن الدين صحيح مع ان نفع الابراء راجع اليه بل المراد به
والله اعلم ان يكون في العمل معينا للغير فمن صلح معينا صلح وكيلا ومن لا
فلا ورب المال يصلح معينا للمضارب لاحتياجه الى العمل ليستحق الربح
بخلاف الكفيل فان القبض مستحق عليه والمرء فيما يجب عليه لا يصلح
معينا للغير فيه والمضارب وان كان نائبا فهو اصيل من حيث الشركة
فيمكن ان يكون رب المال نائبا عنه في العمل الذي يستحق به الشركة في الربح
الا يرى ان بيعه من رب المال جايز فاعتبر في حق حصول الربح كله هو الاجنبي
والله اعلم قوله والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي فان قلت
كونه ساكنا بالسكنى الاصلي لا ينافي ان يكون محبوسا بحق غيره اذا كان مشغولا
بما ينفعه الا يرى ان القاضي نفقته في مال العامة وان كان ساكنا في مصره
لاشتغاله بما ينفعهم وبالجملة ان الحبس بحق الغير يتحقق باشتغاله بما
ينفعه ولا يحتاج الى الانتقال عن سكناه الاصلي اجيب بان المضارب
كما هو عامل لرب المال فهو عامل لنفسه ايضا فاعتبر محبوسا بحق الغير
اذا خرج عن منزله وبحق نفسه اذا كان ساكنا بالسكنى الاصلي عملا
بالاعتبارين قوله حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب قلت

وقع في بعض المواضع ان شرى الوكيل اوجب دينين دينا للبايع على الوكيل
ودينا للوكيل على الموكل وفي بعضها ان الثمن يجب على الموكل ولكن المطالبة
على الوكيل وقد ذكرناها تين الروايتين قبل بالاستقصاء واياما
فالموكل وهو رب المال هنا يجب ان يغرم الفا وخمسمائة بمجرد الشرى
لكن على الرواية الاولى للوكيل وعلى الثانية للبايع فما وجه جعله حاصل
الجواب اى بالنظر الى اخر الحال قوله فثلثة ارباع الفداء على رب المال
وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك
وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر
الربح الى اخره قلت جعل عبد المضاربة اذا ابق ونفقته على رب المال
وان ظهر فيه الربح نص عليه في الكافي من غير ذكر خلاف حيث قال
ونفقة عبد المضاربة وجعله اذا ابق على رب المال ظهر فيه ربح اولا
لان ملك المضارب في الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر
هذا كلامه وعلى ما ذكرهنا من ان الفداء مؤنة الملك وقد صار الملك
لهما في العبد ارباعا ثلثة ارباعه لرب المال وربعه للمضارب فيتقدر
الفداء بقدر الملك فينبغي ان يكون نفقة عبد المضاربة وجعله اذا
ابق عند ظهور الربح فيه عليهما بقدر الملك كالفداء فجعل الفداء عليهما
بقدر الملك بعد ظهور الربح وجعل النفقة والجعل على رب المال بعد
ظهور الربح ايضا مع ان الكل مؤنة الملك مشكل ولكن ذكر في الذخيرة
لو اشترى بالف المضاربة جارية يساوي الفين فالحاصل من مذهب
ابي حنيفة وابي يوسف رح ان النفقة عليهما وقال محمد رح النفقة
على رب المال وعلى هذا الاختلاف اذا ابق العبد فرد فالخلاف
في الجعل في النفقة فرع على مسئلة الجعل فقال على قول ابي حنيفة
يخرج العبد عن المضاربة ويجبر كل منهما على ان يعطي حصته من الجعل
لانه لما وجب الجعل بقدر الحصة فقد تعين حق كل واحد منهما ولن يتعين
حق المضارب في الربح الا بعد تعين راس المال فكان هذا قسمة هذا
كلامه فظهر ماذكر في الكافي من ان نفقة عبد المضاربة
وجعله على رب المال ظهر ربح اولا فذلك رواية عن محمد رح اما المذهب
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح فالنفقة والجعل عند ظهور الربح
على رب المال والمضارب على قدر الملك كالفداء ولا يحتاج الى الفرق
الا قول محمد رح في رواية عنه ولكن الظاهر ان محمدا على هذه الرواية يجعل
الفداء على رب المال بعد ظهور الربح فلا حاجة الى بيان وجه الفرق

لعدم

لعدم الفرق بين الفداء والنفقة والجعل وفي المحيط قال محمد رح في الزيادات
دفع الفا مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها جارية تساوى
الفين فنفقتها على رب المال والمضارب على قدر ملكيهما لانها مؤنة
الملك فيتقدر بقدره وصار كالثمن والفداء وفي ظاهر الرواية
فرق بين النفقة وبين الثمن والفداء ان مؤنة الملك يبتنى على ملك
متقرر وملك المضارب في الربح غير متقرر انما يتقرر بالقسمة الا يرى
ان قيمة الجارية اذا صارت الفا كانت ملكا لرب المال خاصة بخلاف
الثمن والفداء لان بالفداء تخرج الجارية من المضاربة فتصير كالقسمة
فيتقرر ملكه وبضمان الثمن يخرج نصيب المضارب ايضا عن المضاربة
وتصير كالقسمة فيتقرر ملكه فوجد شرط وجوب الثمن والفداء اما النفقة
فلا تخرج بها الجارية عن المضاربة وحال قيام المضاربة لا يظهر الملك
في الربح بصفة التقرر قبل القسمة فيؤدى الى ايجاب نفقة ملك الغير وانه
محال اما ملك رب المال في الجارية متقرر في الاصل والربح تبع فيستقيم ايجاب
النفقة عليه لانه ايجاب على المالك على كل حال فلا يؤدى الى المحال ولانا
اذا جعلنا نفقة الربح على المضارب صار غرما محضا لان النفقة لا تقابل
ملكه حتى تصير مستخلصا له فيحصل له عوض من وجه وهذا لان النفقة ليست
ببدل عن الرقبة انما هي للتمكين من الانتفاع ولهذا يجب نفقة العبد الموصى له
بخدمته على الموصى له بالخدمة لا على مالك الرقبة وكذلك نفقة المستعار على المستعير
بخلاف الفداء والثمن لان كل واحد منهما مقابل بملكه لانه بدل عن الرقبة الا يرى
انه يصير مستخلصا ملكه في الربع فيكون عوضا عن ملكه لا غرما محضا بخلاف النفقة
الا يرى ان النفقة قد تكون درهما فصاعدا فكيف يملك بها بيع الجارية وليس
للمضارب اصل مال يلحق به النفقة فكان غرما محضا بخلاف رب المال لان له
اصل مال تلحق به فكان من توابع التجارة حتى يلحق بالثمن في بيع المرابحة الا يرى
ان المضارب يملك الانفاق على هذه الجارية من مال المضاربة فلم يكن غرما
محضا في حق رب المال بل يلحق براس المال فكان ايجابها عليه اولى هذا لفظه
ولقائل ان يقول لما كان مؤنة الملك مبنية على ملك متقرر وكان تقرر
ملك المضارب بناء على القسمة كان قسمة الفداء والثمن على المالك والمضاربة
على قسمة الربح وقد جعل القضاء بانقسام الفداء عليهما متضمنا للقسمة
كما نص به المصنف رح حيث قال واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة نصيب
المضارب لما بينا ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما
لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة هذا لفظه واليه

يشير في المحيط

فيكون القسمة بين رب المال والمضارب مبنية على القضاء بالفداء عليهما
فلو كان القضاء به مبنيا على تقرر الملك المبنى للقسمة مبنية على القضاء بالفداء
الفداء ويكون القضاء به مبنيا على القسمة به وذا دور باطل نعم لو قيل
ببطلان المضاربة بمجرد جناية العبد لانه يصير كالزائل عن ملكيهما ولو
زال عنه حقيقة بالهلاك انتهت المضاربة فكذا اذا زال حكما لتقرر
ملك المضارب فى الربح بالجناية فيلزمه الفداء الذى هو مؤنة الملك
المتقرر بخلاف النفقة والجعل فانهما لا يلزمان المضارب لعدم تقرر الملك
له فى الربح فلا يلزمه مؤنة الملك اما لو جعل التقرر بالفداء وجعل الفداء
بالتقرر لدار وجوابه ان تقرر الملك لايجاب مؤنته انما يشترط لئلا يؤدى
الى ايجابها على غير المالك على تقدير عدم بقائه ويستوى فى هذا المعنى
التقرر قبل الفداء والتقرر بالفداء فلا يكون الفداء بناء على التقرر
السابق بل يكفيه التقرر الحاصل به باعتبار تضمنه القسمة الموجبة لانتهاء
المضاربة الموجب لتقرر ملكه فى الربح فلا يتوهم الايجاب على غير المالك
بخلاف النفقة فان ايجابها عليهما لا يتضمن القسمة ولا يخرج به المال
عن المضاربة وذلك ان المطلوب بالفداء سلامة المفدى له ولا سلامة
له الا بالقسمة لانه قبل القسمة يحتمل ان لا يسلم له فيتضمن القضاء بالفداء
القسمة بينهما وبالقسمة ينتهى المضاربة وبانتهائها يتقرر ملكه فى الربح
اما النفقة فلا يطلب بها سلامة الملك حتى يتضمن ذلك القسمة بل المطلوب
بها قصد سلامة المملوك وانه لا يقتضى القسمة الموجبة لانتهاء المضاربة
وكذا الجعل لا يطلب بها سلامة الملك الذى هو فى معرض الزوال بل عود
المملوك الى يده وايضا الفداء يجب بمقابلة الذات حيث يعطيه عوضا
عن الذات فايجابه عوضا عن ذات العبد يتضمن قسمة ذاته اما الجعل فانما
يجب عوضا واجرة عن فعل الراد لا عن ذات الآبق حتى يتضمن ذلك قسمة
موجبة للتقرر وكذا النفقة جزاء الاحتباس لا بمقابلة الذات فلا يتضمن
القسمة على تقدير ايجابها عليهما ثم المصنف رحمه الله فرق بين القضاء بانقسام
الفداء والقضاء بانقسام الثمن بان الاول يتضمن القسمة دون الثانى
حيث قال بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق
الرجوع فلا حاجة الى القسمة وصاحب المحيط جعل القضاء بالثمن عليهما قسمة
موجبة لتقرر الملك وانه مشكل لان ذلك لو كان قضاء بالقسمة لانتهت
المضاربة به لانها تنتهى بالقسمة ولكن المضاربة فيما عدا نصيب المضارب
باق فعلم ان ذا ليس بقسمة موجبة لتقرر الملك قوله فلا حاجة الى القسمة

فان قلت

فان قلت هلا يكون القضاء بالرجوع على رب المال بثلثة ارباع الثمن قسمة
كالقضاء بالفداء له اجيب بانه لا معنى للقسمة هنا سوى الحكم بملك كل — واحد
فى جزء شايع اذ لا يمكن الافراز فى العبد غير ان القضاء بالفداء على كل واحد
قضاء بالملك لكل منهما فى جزء شايع اذ الفداء على اعتبار الملك اما
الرجوع على رب المال فليس باعتبار انه ملك ثلثة ارباع العبد بل باعتبار
ان المضارب نائبه فى شراء ثلثة الارباع فكان الملحوظ فى القضاء
بالرجوع هو نيابة المضارب لا ملك رب المال فلا يعتبر ذلك قضاء
بالملك لانه غير ملحوظ فيه وان كان من لوازمه والقسمة هنا هو القضاء
بالملك وهو غير ملحوظ فى القضاء بالرجوع والله اعلم قوله ولان العبد
كالزائل عن ملكهما ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما
وقد يشكل بما لو ولدت المرهونة ولدا فقتل انسانا خطاء ففداه المولى
فهو رهن مع امه على حاله فلو كان الفداء من ولى الجناية كابتداء الشراء
منه وجب ان يبطل الرهن كما يبطل المضاربة وجوابه ان ولد المرهونة
اذا جنى لا يجب على المرتهن تخليصه لانه ليس فى ضمانه بل يخاطب المولى
بالدفع او الفداء ابتداء ولما لم يجب تخليصه صارت الجناية فى حقه
كالعدم فلا يظهر حكم الفداء فى حقه فلا يبطل الرهن بخلاف مسئلة
المضاربة فان الجناية ظهرت فى حقهما فيصير كالزائل عن ملكهما فيظهر
حكم الفداء فى حقهما وبخلاف ما اذا جنى العبد المرهون ففداه الراهن
بعد ما ابى المرتهن الفداء بطل حكم الرهن وسقط الدين لان جنايته ظهرت
فى حقه حتى يخاطب بتخليصه اولا فيكون فداء الراهن كابتداء الشراء
فى المرتهن ايضا فيسقط الدين ويبطل الرهن قوله لان المال امانة فى يده
فان قلت يشكل بما ذكر فى الذخيرة ان الغاصب اذا دفع المال المغصوب
مضاربة ثم اشتراه من مالكه صحت المضاربة لان قيام الملك فى راس المال
وقت عقد المضاربة ليس بشرط لصحة المضاربة لان دفع المال مضاربة
ليس الا توكيلا بالشراء والشراء بالدراهم المغصوبة جايز فكذا التوكيل
به وجه الاشكال ان المضاربة تصح بين الغاصب ومضاربه مع ان
المال مضمون فى يد مضاربه لانه غاصب الغاصب اجيب بان المراد
بكون المال امانة فى يده كونه امانة بالنظر الى الدافع وفى حق الدافع المال
امانة فى يد المضارب غاصبا كان او مالكا قوله بخلاف الوكيل بالشراء
اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشرى حيث لا يرجع الا مرة الى آخره
والاوضح فى الفرق بين الوكيل والمضارب انه ينعقد بين الوكيل بالشرى

والموكل مبادلة حكمية لانه اشتراه ليدفع الى الموكل ويسلم له كانه اشتراه
الوكيل لنفسه اولا ثم باعه من الموكل حتى كان له ان يرده الى الوكيل بالعيب
واذا اختلفا في الثمن تحالفا واذا باع شيئا ثم وكل رجلا ليشتري ما باع
له باقل مما باع صح ويكون كتخلل الثالث كانه اشتراه ثم باع من البايع باقل
مما باع فيجب للوكيل بالشرى مثل ما يجب للبايع عليه فاذا قبض الثمن
من الموكل بعد الشرى كان مستوفيا حقه فيهلك عليه فاما المضارب
فانما يشتريه ليتصرف فيه فيربح لا ليسلم ذلك لرب المال فلم ينعقد بينهما
مبادلة اصلا فلا يجب له على رب المال مثل ما وجب للبايع عليه فلو
قبض الثمن بعد الهلاك لم يكن مستوفيا حقه فلا يكون مضمونا عليه فلو
هلك بعد ذلك هلك امانة قوله وهو قايم على الامانة بعده فان
قلت ما لم يجدد الوكيل قبضه بعد الشراء فالامر كما ذكر انه على الامانة
لان قبضه كان قبض امانة والامانة لا تنوب عن قبض الاستيفاء المضمون
اما اذا جدد القبض للاستيفاء وجب ان يعتبر مستوفيا لان الوكيل
بمجرد الشراء يصير بايعا من الموكل وينعقد بينهما مبادلة حكمية على ما مر
فيجب دين للوكيل على الموكل فيتمكن من الاستيفاء اجيب بانه لا مبادلة
بين الموكل والوكيل حقيقة حتى لا يستحق بها الشفعة ولا يهلك المبيع
مضمونا على الوكيل قبل ان يحبسه ولكن بينهما مبادلة حكمية من حيث
ان المشتري يسلم للموكل من جهة الوكيل فمتى احتيج الى اعتبار المبادلة
يعتبر هذه المبادلة الحكمية وحيث لا يحتاج اليه يعمل بالحقيقة وقد
احتيج الى اعتبارها فيما لم يدفع الموكل المال الى الوكيل قبل الشراء تمكينا
للوكيل من الرجوع اذ لا وجه لرجوعه سوى اثبات دين على الموكل ولا ذلك
الا باعتبار هذه المبادلة اما اذا دفع الموكل المال قبل الشراء فلا
لا يحتاج الوكيل الى الرجوع ولا حاجة بنا الى اعتبار هذه المبادلة
فلا يثبت دينه عليه فلا يكون له ولاية الاستيفاء فيكون المال امانة
في يده بعد الشراء ايضا ولو هلك هلك من مال الموكل واذا هلك
يثبت له ولاية الرجوع فيظهر دينه على الموكل فصل
في الاختلاف قوله ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح اي في قدر
المشروط للمضارب من الربح بان قال رب المال راس المال الفان
وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي
نصف الربح قوله وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته
اي بينة رب المال تقبل فيما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب

تقبل

تقبل فيما ادعى من الفضل في الربح كذا في الشرح وذكر في بعض شروح الاصل
ان البينة بينة المضارب اذ هي المثبتة فان الملك لرب المال ثابت في كل
لا يقوم عليه الحجة للمضارب لكون البعض راس ماله وكون البعض نماء فلا
يكون الثبوت بالبينة والجواب ان النزاع هنا وقع في قدر راس المال
والقدر المشروط في الربح والثابت لرب المال بلا بينة هو ملك الكل
وبينته لا تقوم على الملك بل على مقدار راس المال ومقدار الربح وهو غير ثابت
بلا حجة بل القول في مقدار راس المال قول المضارب لكونه قابضا فظهر
ان بينة رب المال تقوم على ما هو غير ثابت له بدون الحجة وهو قدر راس المال
وما هو ثابت بلا حجة وهو الملك في الكل فالبينة لا تقوم عليه فاستوت
بينة رب المال والمضارب في ان كل واحد منهما يثبت ما ليس بثابت فيترجح
بينة رب المال في مقدار راس المال لكونها اكثر اثباتا ويترجح بينة المضارب
في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا فقوله فلا يكون الثبوت بالبينة غير مسلم
لان ما قامت عليه البينة وهو قدر راس المال وقدر الربح ثبوته بالبينة
ليس الا قوله ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة
او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان
المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر واذا انعكست صورة المسئلة
بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة بينة رب المال
والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب المضاربة
فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي ضمانا
وهو ينكر فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان
والبينة بينة المدعي كذا في الشرح وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما
ذكره الشارح نقلا عن الكافي قبيل باب فسخ الاجارة حيث قال واذا
دفع الى اخر عينا ثم اختلفوا فقال الدافع قرض وقال الاخر هبة كان القول
قول من يدعي القرض وعلل بان العين متقوم بنفسه والاخذ يدعي الابراء
عن قيمته ووجه الاشكال ظاهر قوله والبينة بينة المضارب لحاجته
الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة قال الشارح ان رب المال
ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة رب المال اولى
بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان والبينات لاثبات العارض غير
الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته
وان كانت رواية الايضاح يساعده انتهى لفظه والجواب ان رب المال
وان كان يحتاج الى اثبات ما ادعاه ولكن لا يحتاج في اثباته الى البينة

قد

لان ما ادعاه يثبت بقوله اذ القول هنا لرب المال فيكون بينته مبينة لما هو
ثابت بقوله فيكون بينة المضارب اكثر اثباتا فتكون اولى بالقبول كبينة الخارج
مع بينة ذي اليد على الملك المطلق والى هذا اشار المصنف رح لقوله وعدم
حاجة الاخر الى البينة يعرف ذلك بالتامل والله اعلم بالصواب

كتاب الوديعة

في الصراح وديعة زنهارى ودايع جماعة
ايداع وديعة نهادن وبپذيرفتن ازكسى وديعه را وهو من الاضداد استيداع
نگاه داشتن خواستن وديعة را الوديعة امانة **فان قلت** الوديعة
والامانة كلاهما عبارتان عن معنى واحد فكيف جوز بينهما المبتداء والخبر
قيل الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح فالوديعة
هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع على يده من غير قصد بان
هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرا
عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرا بعد الخلاف هكذا نقل
عن الامام الكردري رح والاولى ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو
غير مضمون وكان قولنا هو امانة عنده اي غير مضمون من غير تفاوت بين الفظ
معنى استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه والوديعة ما وضع للامانة
بالايجاب والقبول وكانا متغايرين كذا في الشرح **قلت** انما كان الوجه
الثاني اولى لان الاول يخالف ما ذكره المصنف قبيل باب اقرار المريض
حيث قال ولا كذلك في مسئلة الوديعة حيث قال فيها كانت وديعة وقد تكون
من غير صنعه فقد جعل الوديعة بمعنى الامانة فالموافق للكتاب هو الجواب الثاني
فكان اولى ولان التفسير المذكور للوديعة والامانة يشعر باشتراط الحفظ
في الوديعة واشتراط عدمه في الامانة فيكونان متباينين الا ان تكون الوديعة
اعم من الامانة ومتى كانا متباينين لا يصح حمل احدهما على الاخر والعجب ان
الشارح اثبت بين الوديعة والامانة عموما وخصوصا فجعل الوديعة اخص
من الامانة ثم فسرهما على وجه يوجب التباين بينهما **قوله** فيتعطل مصالحهم
في الصراح العطل بى پيرايه ماندن تعطل كذلك ويستعمل العطل في الخلو
من الشيء وان كان اصله في الحلي **قوله** عياله في الصراح عيال الرجل زن
وفرزند وهركه در نفقه ومؤنة او باشد **قوله** يختلف في الامانة رجوع
وعدما او قوة وضعفا **قوله** فيرتضيه الارتضاء خشنود شدن وبسنديدن
قوله انها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة ولقائل ان يقول الموجب
للشركة هنا انما هو امكان الوصول الى عين حقه بالقسمة وذا ليس من موجبات
بل موجبها فعل القسمة او حق القسمة فما هو الموجب للشركة وهو امكان الوصول

الى الحق

الى الحق على تقدير القسمة ليس بموجب لها وما هو الموجب وهو القسمة او حقها
ليس بموجب لها فانى يتحد الموجب والموجب **قوله** ولو ابرا الخالط
لا سبيل له على المخلوط اي لا يكون له حق الشركة في المخلوط كافة لا واثر الابراء
عنده في اسقاط حق التضمين لا في تعيين حق الشركة في المخلوط وعندهما
اثره في تعيين حق الشركة في المخلوط واسقاط حق التضمين تبعا **قوله** وعندهما يسقط
خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط **فان قلت** الابراء من الضمان يتلو
الوجوب ولا يجب الضمان للمودع الا بعد اختياره التضمين لانه عندهما
بين الخيرتين فلا يتعين حقه في الضمان الا بعد اختيار التضمين فيتضمن
الابراء اختيار الضمان ولو ابرا بعد اختيار الضمان لا يكون له سبيل في المخلوط
كذا هذا **اجيب** بانه لا صحة للابراء عن الضمان عندهما الا بتقديم اختيار
التضمين اقتضاء او بصرف الابراء الى حق التضمين بمعنى ابراتك عن حق التضمين
والاول يوجب بطلان حقه في الشركة والثاني لا يوجبه فلا يبطل حقه
بالشك او نقول الاول يوجب بطلان حق المشاركة والثاني لا يوجب وكان
اقل من الاول والحمل على الاقل هو المتعين عند الحاجة الى التصحيح **قوله** في الصحيح
لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتعذر التميز والقسمة وقد يشكل بان
الحنطة لما لا يخلو عن حبات الشعير ينبغي ان ينقطع حق المالك فيما اذا
خلط الحنطة بالحنطة اذ خلط الحنطة بمثله اذن كخلط المخلوط بالمخلوط
وفيه ينقطع حق المالك فكذا هنا وخلط الحنطة بمثلها لا يوجب انقطاع
حق المالك عندهما وايضا الحنطة المغصوبة لو هلكت يجب عليه المثل
فلو كانت الحنطة لا يخلو عن حبات الشعير ينبغي ان لا يجب المثل في الحنطة
اصلا لان المخلوط غير مثلي وكذا لا يجوز بيع الحنطة بجنسها متفاضلا
ولو كانت لا تخلو عن حبات الشعير لكان ينبغي ان يجوز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس ولئن قيل وجوب المثل وجريان الربوا في الخالصة منها دون ما
فيها حبات الشعير قلنا فذلك اعتراف منك بان الحنطة قد تخلو عن حبات
الشعير فلا يصح قوله ان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر ولئن حمل قوله لا يخلو
عن حبات الاخر على الغالب كان ينبغي ان يكون المسئلة على التفصيل
اي ان خلط الحنطة التي فيه حبات الشعير بالشعير الذي فيه حبات الحنطة
يتعين حقه في ضمان القيمة بالاجماع وان خلط الحنطة الخالصة بالشعير
الخالص ينبغي ان لا ينقطع حق المالك بالاجماع لامكان التميز ولا تفصيل
في المسئلة على انه ذكر في المحيط انه اذا باع حنطة بحنطة وفي كل واحد
من الجانبين حبات شعير انه لا يجوز الا متماثلا لان الشعير مغلوب فالجواب

ان ما يكون في الحنطة من حبات الشعير او في الشعير من حبات الحنطة يكون
في غاية القلة ومثله غير متقوم حتى لو باع حبة او حبتين لا يجوز لعدم
التقوم فاذا لم يكن متقوما لا يصح صرف الجنس الى خلافه لانه مبادلة
ولا بد لها من التقوم وكذا يجعل تابعا للمتقوم في حق الضمان لان الضمان
مبني على التقوم وهو لا يتقوم الا في ضمن الكثير فيكون الاعتبار في الضمان
للكثير وهو مثلي يجب بالغصب المثلي دون القيمة ثم لما لم تخرج الحنطة عن المثليات
بحبات شعير يكون فيها تصلح للقسمة بطريق الجبر وهو الموجب لبقاء حق المالك
عندهما فلا ينقطع اما خلط المخلوط بالمخلوط فيوجب الانقطاع لتعذر التمييز
والقسمة لانها من غير ذوات الامثال وقسمة الجبر لا تجري فيها **قوله** ولو
خلط المايع بجنسه اعلم ان المصنف رح جعل مسئلة خلط المايع بجنسه
ممازجة على ثلثة اقوال احدها انقطاع حق المالك الى الضمان وهو قول
ابي حنيفة رح والثاني جعل الاقل تابعا للاكثر وهو قول ابي يوسف رح
والثالث الشركة من غير خيار وهو قول محمد رح وجعل مسئلة خلط الجنس
بالجنس مجاورة كخلط الدراهم البيض بالبيض على قولين احدهما انقطاع
حق المالك الى الضمان وهو قول ابي حنيفة والثاني التخيير من التضمين
والمشاركة في العين وهو قولهما ولكن الفرق بين خلط المايع بجنسه
وهو خلط ممازجة وبين خلط الدراهم البيض بالبيض منها وهو خلط
مجاورة على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مشكل لاستواء خلط الممازجة
وخلط المجاورة في الاستهلاك صورة وعدمه معنى لامكان القسمة
فلا وجه يعرف للتفرقة بينهما في الجواب كما مر الا ان يقال لجعل الاقل
تابعا للاكثر في الممازجة ممكن لصيرورة الكل كشيء واحد بخلاف المجاورة
لعدم امكان ان يفرض الكل كشيء واحد فلا يمكن فيه ان يجعل الاقل
تابعا للاكثر وذكر في الكافي ان الخلط خلط مجاورة مع تيسر التمييز
كخلط الدراهم البيض بالسود وانه لا يقطع حق المالك اجماعا وخلط مجاورة
مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويوجب
الضمان وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا فيكون له الخيار
وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وفي الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط الخل
بالزيت وكل مايع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان
بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة او مجاورة كخلط دهن اللوز بدهن
اللوز او اللبن باللبن او الحنطة بالحنطة او الدراهم البيض بالدراهم البيض

عند

عند ابي حنيفة رح هو استهلاك مطلق لا سبيل لصاحبه الا تضمين
المودع وعندهما لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بل له الخيار ان شاء ضمن
الخالط وان شاء يشاركه في المخلوط ثم قال وهذا اذا خلط الدراهم
بغير اذابة فاما اذا اذابها فجواب ابي حنيفة لا يختلف بل ينقطع الملك بكل حال
وعن ابي يوسف انه جعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد رح شركه بكل حال
لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما اذا شرب صبي لبن امرأتين وقد مر
تحقيقه في الرضاع وكذلك ابو يوسف رحمه الله في كل مايع خلط بجنسه
يعتبر الاكثر وابو حنيفة يقول بانقطاع حق المالك في الكل هذا كلامه
وانه مشكل حيث اشار اولا الى ان خلط الجنس بالجنس كخلط اللبن
باللبن يوجب انقطاع حق المالك عنده والتخيير بين التضمين والمشاركة
عندهما واشار اخرا الى ان خلط الجنس بالجنس ممازجة كخلط الدراهم
المذاب بالمذاب واللبن باللبن يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان
عنده وعند ابي يوسف الاقل تابع للاكثر وعند محمد رح شركة من غير تخيير
وهذا كما ترى مما يحتاج الى مزيد تامل وغاية ما يمكن ان يقال
ما ذكر اولا من ان خلط الجنس بالجنس ممازجة يوجب التخيير للمالك
بين التضمين والشركة فذلك فيما اذا لم يكن احدهما اقل من الاخر
وما اشار اليه ثانيا من ان الاقل تابع للاكثر في خلط الجنس بالجنس
فذلك فيما اذا كان احدهما اقل من الاخر والله اعلم **قوله** فان انفق
المودع بعضها ثم رد مثله فخلط بالباقي ضمن الجميع قيد بالانفاق
ورد المثل لانه اذا اخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بدا له
فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لان رفعه حفظ
فلا يكون موجبا للضمان عليه فبقي مجرد نية الانفاق في حاجته ومجرد
النية لا يصير ضامنا كما لو نوى الغصب وان صار ضامنا بالرفع فقد
عاد الى الوفاق لرد العين الى مكانه وذلك يبرئ عن الضمان بخلاف ما
اذا رد مثله لانه جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما انفق وهذا لا يكون
عودا الى الوفاق وهنا جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق
وهذا اولى من الوجهين عندي فانه لو باعها وضمنها نفذ البيع من جهته
وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع
للبيع موجبا للضمان قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة
فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة ان البيع نافذ فعرفنا
ان الوجه هو الطريق الثاني كذا في الشرح **قلت** مسئلة البيع لا ينهض

دليلا على كونه ضامنا بالرفع لان الرواية منصوصة ان النافذ من المودع
في هذه الصورة هو البيع الذي ينعقد بالتعاطي بقبض المشتري لا البيع
القولي المقدم على التسليم فقد ذكر في الشاهان في كتاب الرهن في مسئلة
ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه قال ابو حنيفة رضي الله عنه في المودع
اذا باع الوديعة وضمن ان البيع لا ينفذ بل يثبت بيع اخر بالتعاطي
فيتقدم الملك على العقد على هذا الاعتبار لان الملك يثبت للمودع
من وقت التسليم وبقبض المشتري بعد ذلك يثبت البيع بالتعاطي فالملك
سبق العقد بخلاف ما لو ضمن المشتري من المودع حيث لا ينفذ لان
الملك هنا للمودع يثبت بطريق الانتقال من المشتري فيتاخر عن قبض
المشتري الذي يثبت به البيع بالتعاطي فلا يحل نفاذا اصلا الى هنا
لفظه فظهر ان مسئلة البيع لا يصلح دليلا على كونه ضامنا بالرفع لانه
انما يكون دليلا عليه ان لو كان النافذ هو البيع القولي وهو ليس بنافذ
على ما ذكرنا من التنصيص عن ابي حنيفة رضي الله عنه وايضا بيع المودع
نافذ مطلقا سواء كان البيع بعد الرفع او قبله فلو كان النفاذ لكونه
ضامنا بالرفع لما كان نافذا اذا وجد قبل الرفع والرواية مطلقة وايضا
المودع لو ضحى بالشاة المودعة لم يجز وعلله المصنف في الاضحية بانه
يضمن بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح فلو كان الموجب للضمان
هو الرفع لكان ينبغي ان يصح تضحيته لانه يضمن ح بالرفع لاجل الذبح فيثبت
الملك له قبل الذبح نعم ذكر في المحيط في الفصل الحادي والعشرين
من كتاب البيوع المودع اذا باع الوديعة وضمن القيمة للمودع انه ينفذ
بيعه وطريقه انه وان كان امينا في العين الا انه لما اشتغل بالبيع
وتهيا لذلك فقد صير القبض لنفسه فيصير ضامنا بالقبض السابق
على البيع فعند اداء الضمان يثبت الملك له من ذلك الوقت فكان ثبوت الملك
سابقا على البيع والتسليم فينفذ البيع هذا لفظه فهذا يدل على ان الاشتغال
بنحو البيع والانفاق والتهيا لذلك تصير للقبض من الامانة الى المضمون
فكان الرفع بلا انفاق موجبا للضمان **قوله** ولانه لا يملك عزل نفسه
بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته هذا يقتضي
انه لو جحد بمحضر من المستودع ضمنها سواء طالبه بالرد اولا وقد ذكر
في الذخيرة انه لو جحد في وجه المودع من غير ان يطالبه بالرد بان قال ما حال
وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند ابي يوسف رح
كما لو جحدها على وجه غيره **قوله** فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده لانه

اراد انه ليس له ان ياخذ نصيبه جبرا والا فله ان ياخذه اذا ظفر به **قوله**
ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع ولهذا لو هلك الباقي في يد المودع فللغائب
ان يشارك القابض فيما قبض ولو هلك في يد القابض فللقابض ان يشارك
الغائب فيما بقي في يد المودع كذا في الشاهان **وفيه نظر** لان دفع المودع
ان كان لا يقع قسمة لانه ليس له ولاية القسمة فلا يخفى ان اخذ الشريك الحاضر
نصيبه قسمة اذ القسمة في المثليات افراز محض واحد الشريكين منفرد باخذ
عند غيبة صاحبه ولا معنى لتفرده باخذ نصيبه سوى انه منفرد بالقسمة
ولا حاجة في قسمته الى رضاء صاحبه وذلك لانه افراز ولكل واحد من الشريكين
ولاية الافراز نعم ان اخذ احدهما نصيبه حال غيبة صاحبه لا يقع
قسمة متقررة بل يحتمل النقض في نصيب صاحبه اذا هلك قبل قبضه اذ قسمة
احدهما بانفراده لا يربو على القسمة بالتراضي والقسمة في المثليات اذا
وقعت ثم هلك نصيب احدهما قبل القبض انتقضت القسمة في حقه وتبقى
في حق القابض كذا هنا وجب ان يقع اخذ الحاضر قسمة لانه ينفرد باخذ
نصيبه ثم اذا هلك نصيب الغائب قبل القبض ينتقض القسمة في حقه
ويشاركه في المقبوض اما لو هلك نصيب القابض يجب ان لا يشاركه الغائب
فيما بقي في يد المودع كما لو اقتسما بالتراضي ثم هلك نصيب احدهما قبل القبض
ومعنى قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع ان دفعه لا يكون كدفع الغائب
حتى يقع قسمة في حقه بصفة التقرر وان كان اخذه يقع قسمة غير متقررة
تحتمل النقض بهلاك نصيب الغائب فما ذكر في الشاهان من انه لو هلك
في يد القابض فله ان يشارك الغائب محل تامل **قوله** وان ضمن الثاني
رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه اودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه
ضمان اذا هلك في يده فاذا لحقه الضمان يرجع ولا يشكل بما وقع التصريح
به في غير موضع من ان الغرور انما يوجب الضمان اذا كان في ضمن عقد المعاوضة
حتى لو استحق الموهوب وضمن الموهوب له لا يرجع على الواهب بما ضمن
والمودع لم يباشر عقد الضمان لانا قد ذكرنا في غير موضع ان عقد المعاوضة
انما يشترط اذا لم يكن المغرور عاملا للغار واما اذا كان عاملا له كالمودع
والمرتهن فانه يرجع عليه وان لم يكن الغرور في ضمن عقد المعاوضة وذكر
في الشاهان **فان قلت** اذا ضمنه فقد ملكه فينبغي ان لا يرجع على الاول
قلت هذا معارضة في موضع الاجماع فان الاول ضامن بالاجماع ويلزم
من هذا عدم الضمان تم لفظه والاوضح ان يقال ان الملك انما يثبت للثاني
اذا اختار ترك التضمين اما اذا اختار تضمينه فالملك يثبت للاول

ثما عرف ان الملك يثبت لمن عليه قرار الضمان ولو سلم ان الملك يثبت للثانى
فنقول انه يثبت له بعوض يلحقه وكان نفعا يشوبه ضرر وهذا الضرر
جاء من قبل الاول فله ان يدفعه عن نفسه بالرجوع اليه **قوله** لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدى منهما فاذا فارقه فقد ترك
الحفظ الملتزم فيضمن بذلك اى بترك الحفظ وبهذا يظهر ان ما اختار
الشارح فيما قبل من ان المودع انما يضمن بترك الحفظ الملتزم بمجرد دفع
الوديعة للانفاق على نفسه غير سديد لان هذا تصريح بان المودع انما
يضمن بترك الحفظ الملتزم ولا يخفى انه بمجرد الدفع لا يصير تاركا للحفظ
ولا مستعملا ولا مستهلكا لها فلا يصير ضامنا ثم هاهنا بحث لما مر ان
المودع اذا باع الوديعة وضمن قيمتها ينفذ البيع فلو كان الموجب للضمان
هو المفارقة وترك الحفظ لكان ملكه عند تضمينه متاخرا عن العقد
اما عن القولى فظاهر وكذا عن العقد بالتعاطى لانه يثبت بقبض المشترى
والملك يثبت مستندا الى وقت المفارقة وترك الحفظ لان الموجب
للضمان فتاخر الملك عن قبضه ايضا فينبغى ان لا ينفذ البيع اصلا وجوابه
ان التعدى وان كان يثبت بالمفارقة ولكن مستندا الى وقت الدفع
وذلك ان المالك ما رضى بدفعه الى غيره الا بشرط ان لا يفارقه كانه قال
لك ان تدفعه الى غيره على انك لا تفارقه فاذا فارقه فقد فات رضاه
بالدفع الى غيره فظهر منه المخالفة والتعدى من وقت الدفع فاذا ضمن
القيمة يملك من ذلك الوقت فيثبت البيع بالتعاطى بقبض المشترى كما ذكرنا
قوله ودفع بالقضاء قيد بقوله بالقضاء لان خلاف ابى يوسف انما هو
فيما اذا دفعه الى غيره بالقضاء اذ لو دفعه اليه بغير قضاء فهو ضامن اتفاقا
والفرق لمحمد بين الاقرار بالوديعة لفلان والاقرار بها لغيره وبين ما
اذا كان فى يده الف فقال هذا الالف لفلان ودفع اليه بعضا ثم قال
انه لفلان اخر لا يضمن للثانى وان دفع لغيره ضمن والفرق ان الاقرار
بمال الغير لا يوجب الضمان والدفع فعل القاضى فصار كانه هلك بلا صنعه
بخلاف ما اذا دفع بنفسه لان دفعه يوجب الضمان اما المودع فيضمن سواء
دفع بقضاء او بغيره لانه مامور بالحفظ والاقرار ضده فيضمن بترك
الحفظ والاقرار

كتاب العارية

قوله وقد استعار
النبى عليه السلام درعا من صفوان التمسك لصحة الاستعارة بمعنى
تمليك المنافع او اباحتها باستعارة النبى عليه السلام درعا من صفوان
مشكل لما قد صح ان النبى عليه السلام اخذ الدرع منه بغير رضاه حتى قال صفوان

غصبا تاخذها يا محمد الا انه كان للحاجة الى السلاح فكان الاخذ حلالا لا
ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له ان يتناول مال الغير بشرط الضمان
وهذا ليس من الاستعارة فى شئ وجوابه قد مر فى السير **قوله** وهى تمليك
المنافع بغير عوض وقد استدل فى الشرح على ان موجب العارية ملك المنفعة
بان للمستعير ان يعير ما لا يتفاوت الناس فى الانتفاع والمباح له لا يملك
الاباحة **قلت** المستعير لا يملك الاعارة على قول من يرى ان العارية اباحة
المنافع والاختلاف فى جواز الاعارة وعدمه بناء على الاختلاف فى ان
العارية تمليك او اباحة فكيف يكون جواز الاعارة دليلا عليه ثم تعريف العارية
بتمليك المنافع بغير عوض مشكل لما ذكر فى المغرب ان العارية فعلية منسوبة
الى العارة بمعنى الاعارة كالغارة بمعنى الاغارة ولا شك ان الاعارة
عبارة عن تمليك المنافع بلا عوض كما نص به فى الكافى فما هو المنسوب الى الاعارة
لو فسر بالتمليك المذكور لزم اتحاد المنسوب والمنسوب اليه ولا بد من التغاير
بينهما فيجب ان يفسر العارية بالعين التى ملكت منفعتها بلا عوض فيكون
العارية اسما لما هو المنسوب الى التمليك تمليك المنفعة بلا عوض والاعارة
اسما للتمليك المذكور فيتغاير المنسوب والمنسوب اليه يدل عليه قوله والعارية
امانة اذ الامانة هى العين التى ملك منفعتها بلا عوض وجوابه انا لا نسلم
ان الضمير فى قوله وهى عائد الى العارية كما وقع فى بعض الحواشى بل الى الاعارة
المفهومة من لفظ العارية اذ معناه الشئ المنسوب الى الاعارة اى الاعارة
تمليك المنفعة بلا عوض وانه صحيح جدا
ثم التعريف المذكور يصدق على الوصية بالخدمة والسكنى لانها ايضا تمليك
المنفعة بلا عوض وليست بعارية اذ العارية غير لازمة والوصية لازمة
بعد الموت الا ان يراد بالتمليك التمليك الناجز والوصية تمليك مضاف
الى ما بعد الموت ونقول الوصية بالمنافع ايضا اعارة غير انها لزمت لعدم
تمكن الميت من الرجوع وكذا وارثه لعدم وقوع هذه الاعارة فى ملكه
قوله ونحن نقول ان اللفظ ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية
وهى العطية مشكل كما ذكر فى الكافى ان العارية مشتقة من التعاور وهو
التناوب فكانه جعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على ان يعود اليه النوبة
بالاسترداد متى شاء هذا لفظه والتعاور لا ينبئ عن التمليك نعم انه
يحتمل ان يكون من العرية وان يكون من التعاور وعلى الاول ينبئ عن التمليك
وعلى الثانى لا ينبئ فلا يثبت التمليك بالشك والاباحة ادنى الامرين فحمل
عليها عند الاحتمال **قوله** ولهذا ينعقد بلفظ التمليك **قلت** كما ينعقد

بلفظ التمليك ينعقد بلفظ الاباحة ايضا والاول ان كان يوجب ان يكون
تمليكا فالثاني يوجب ان يكون اباحة فكان محتملا فيجب ان يحمل على الادنى
وهو الاباحة لتيقنه **قوله** والمنافع قابلة للملك كالاعيان **قلت** نعم ولكن
بعد اقامة العين مقامها او جعلها موجودة حكما كما في الاجارة وكل ذلك
غير ممكن في الاعارة لان اقامة العين مقامها او جعلها موجودة حكما لا يمكن
الا بعد كونها معلومة وهي في العارية مجهولة وجوابه سيأتيك **قوله**
ولان الملك يثبت عند القبض وعند ذلك لا جهالة وقد يستشكل بان الملك
لو ثبت بالانتفاع لا قبله ينبغي ان لا يصح اعارة المستعير لان الاعارة منه
لا يكون الا قبل الانتفاع فاذا لم يكن مالكا للمنافع قبل ذلك كيف يصح
تمليكه من غيره وجوابه ان عقد الاعارة اولا يقع على العين باقامتها مقام
جميع منافعها لتعذر تعيين البعض دون البعض فيقع التمليك اولا على العين
باعتبار كونها منفعة حكما ثم اذا وجد المنافع بالانتفاع شيئا فشيئا ينتقل
العقد من العين الى المنفعة لانها هي المقصودة بالعقد فيكون الاعارة
عقودا متجددة حسب تجدد المنافع كالاجارة اذا ثبت هذا فاعلم ان ما قاله
الخصم من ان المنافع مجهولة ومع الجهالة لا يصح التمليك غير سديد لانه ان اراد
بالمنافع المنافع الحكمية التي يقع العقد عليها ابتداء فهو ظاهر الفساد لان
المنافع الحكمية عبارة عن العين التي قامت مقام جميع المنافع وهي معلومة
قطعا وان اراد المنافع التي ينتقل العقد اليها شيئا فشيئا حسب حدوثها
فكذلك لان المنفعة التي ينتقل اليها العقد لا تكون الا معلومة لان العقد
انما ينتقل اليها حال وجودها وعند الوجود تكون معلومة لا محالة فعلى هذا
التحقيق يكون معنى قوله ولان الملك يثبت بالقبض ان الملك في المنافع الحقيقية
التي ينتقل العقد اليها يثبت بالقبض والانتفاع اما المنافع الحكمية التي
يقع العقد عليها اولا فيثبت الملك فيها بقبض العين فيصح اعارته باعتبار
هذا الملك فلا يرد وبهذا يخرج الجواب عما ذكرنا من ان الاشكال عند
قوله والمنافع قابلة للملك وذلك لان المجهول من المنافع في الحال هو المنافع
التي ينتقل العقد اليها حال وجودها لان مقدارها غير معلومة في الحال اما
جميع المنافع التي يقام العين مقامها فغير مجهولة فيمكن اقامة العين مقامها
فان قلت كيف يقام العين مقام جميع المنافع والتمليك لا يقع الا على تسليمها
قلت لا نسلم بل التمليك يقع على الكل غير انه بالاسترداد يمنع المستعير
عن تحصيل المنافع وله ذلك لانه عقد غير لازم ولا يلزم من تمليك الكل
وقوع الملك في الكل الا يرى ان الاجارة تمليك للمنافع الحادثة ثم قد

ثم قد

بعد لا يثبت الملك في الكل بانفساخ الاجارة قبل مضي المدة كما لو مات احد
المتعاقدين قبل انقضاء المدة هذا والكلام بعد محل نظر حيث ذكر في الكافي
في متفرقات كتاب البيوع انه لو اعار المغصوب من الغاصب جاز ولم يبرأ
من الضمان حتى ينتفع لان الاعارة هبة المنافع فلا توجب الملك بلا قبض
فاذا صار قابضا بالاستعمال برئ عن الضمان هذا لفظه فلو كان الملك
يثبت فيها بقبض العين على ما ذكرت وجب ان يبرأ الغاصب عن الضمان
بمجرد قبض العين بحكم الاعارة وليس فليس **قوله** وعند ذلك لا جهالة
قلت فيجب ان يصح الاجارة عند عدم بيان المدة ايضا لانها ايضا لتمليك
المنافع والعوض فيها يجب بالقبض وعند ذلك لا جهالة بل يجب الاجر
بقدر ما قبض **قوله** لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل
على تمليك المنافع تجوزا اعلم ان الحمل حقيقة هو الاركاب ويستعمل لتمليك
العين والمنافع تجوزا فاذا علم بان الحقيقة غير مرادة فان كانت هناك
قرينة على ان المراد احد المعنيين المجازيين يحمل عليه والا يحمل على تمليك
المنافع لانه ادنى فكان متيقنا فعلى هذا كان المراد من قوله لانهما لتمليك
العين انهما يستعملان لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة اي عند العلم
بان الهبة غير مرادة يحمل على تمليك المنافع لانه تعين مرادا لعدم المزاحم
وكذا اذا لم يدر انه اراد الهبة او لم يرده يحمل على المنافع لانه ادنى فكان
متيقنا وبهذا التحقيق يسقط ما اعترض هنا بانه لو كان لتمليك العين
حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية فعند عدم ارادة الهبة لا يحمل
على تمليك المنافع بل على الهبة وبان المصنف جعل هذين اللفظين هنا
حقيقة لتمليك العين مجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في باب
الفاظها وحملتك على هذه الدابة اذا نوى الهبة وقال بان الحمل هو الاركاب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة فيحمل عليه عند نيته ووجه السقوط
ظاهر الا ان فيه نوع تكلف ثم توضيحه ان قوله لانهما لتمليك العين
بمعنى انهما يستعملان لتمليكه دليل على التقييد بقوله اذا لم يرد به الهبة
يعني انما قيدنا به لانهما يستعملان لتمليك العين فكان مزاحما لتمليك المنفعة
فلا بد للحمل على تمليك المنافع من انقطاع مزاحمة تمليك العين اياه وانما
ينقطع مزاحمته اذا قامت القرينة على عدم ارادته فلا بد ان يشترط قيام
القرينة على عدم ارادته وبهذا يسقط الاشكال الثاني لان دعوى استعمال
لفظ الحمل في تمليك العين لا ينافي دعوى المجاز واما الاول فلان الحمل
لما كان مجازا في تمليك العين وتمليك المنافع جميعا كان عدم ارادة احدهما

كافيا لدفع مزاحمة الآخر اذ المعنى المجازى يحتاج فى ثبوته الى الارادة
وان كانت الحقيقة لا تحتاج اليه نعم يشكل بالنظر الى قوله منحتك
هذا الثوب لانه ان كان موضوعا لتمليك العين فقط لم يستقم قوله
وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع لما ان عدم ارادة الحقيقة
لا ينافى الحمل عليها لعدم احتياجها الى الارادة وان كان موضوعا لتمليك
المنافع او كان مشتركا لم يصح قوله يحمل على تمليك المنافع تجوزا الهم الا ان
يراد وعند عدم امكان ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع فحينئذ يستقيم
بالنسبة الى اللفظين جميعا لان عدم امكان ارادة الهبة شرط لحملها
على تمليك المنافع اما المنع فلتقدم الحقيقة لانه حقيقة فى الهبة اما الحمل
فلقطع المزاحمة لان الهبة معنى مجازى كالعارية فمتى لم ينقطع مزاحمة
لا يتعين للعارية **فان قلت** قوله فى كتاب الهبة ان الحمل هو الادكاب
حقيقة فكان عارية لكنه يحتمل الهبة يشعر بان الحمل على العارية لا يحتاج
الى قيام القرينة على عدم امكان الهبة او على عدم ارادته **اجيب** بان
ذلك اشارة الى تخريج اخر وهو ان الحمل حقيقة هو الاركاب الا انه
اذا تعذر الحمل عليه تزاحم فيه مجازان تمليك العين وتمليك المنفعة لكن
الثانى ادنى فيحمل عليه **فان قلت** بينهما تدافع اذ التخريج المذكور هنا
يشعر بان عدم امكان ارادة الهبة شرط للحمل على العارية والمذكور ثمه
يشعر بانه ليس بشرط بل يجب ان يحمل على العارية لكونها اقل عند امكان
الهبة ايضا **قلت** جاز ان يكون فى المسئلة روايتان فلا تدافع **قوله** ولما
وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار هذا يدل على ان الرد يجب على المستعير
مطلقا وذكر فى الذخيرة رجل اعار رجلا شيئا ليرهنه فرهنه يجب الرد
على المعير لان للمعير فيه منفعة لانه لو هلك ضمن المستعير فصار كالاجارة
قالوا وفى هذا نظر لان رد العارية على المستعير وهذا من جملة العوارى
وما ذكر من الضمان فليس بمنفعة للمعير لانه انما استحق على المستعير قدر
الدين دون الرهن وضمان الدرهم بمقابلة عين قيمته مائة درهم لا يعد
منفعة بخلاف الاجارة لان منفعته يعود الى الآجر حيث ياخذ العين
باذاء المنفعة والعين خير من المنفعة وكذا هذه المنفعة تحصل له
على اعتبار سلامة العين فجاز ان يعتبر فى ايجاب مؤنة الرد عليه اخذا
من قوله عليه السلام له غنمه وعليه غرمه كذا ذكره الشارح فى الرهن **قلت**
قد وقع التصريح منهم فى غير موضع بان المستعير فى مسئلة الرهن بمنزلة
المودع حتى لو خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان كالمودع بخلاف المستعير

فانه

انه لا يبرأ عنه بالعود الى الوفاق وانما كان بمنزلته لانه عامل للمعير
من حيث انه يحقق مقصوده بالتسليم الى المرتهن وهو رجوع المعير عليه
على تقدير صيرورة المستعير قاضيا دينه من المستعار عند الهلاك فى يد المرتهن
وسياتيك تحقيقه فى الرهن ان شاء الله تعالى فظهر ان الرد فى مسئلة الرهن
انما يجب على المعير لانه كالمودع فيجب رده عليه كما يجب على المالك المودع
وما ذكر من ان منفعة رجوع المعير على المستعير لا يعد منفعة ففيه نظر
لانه لو لم يعتبر هذه المنفعة لكان المستعير فى مسئلة الرهن عاملا لنفسه
من كل وجه فلا يكون فى حكم المودع فينبغى ان لا يبرأ عن الضمان اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق فالمسئلة بخلافه **قوله** لان الاعارة دون الاجارة
والشئ لا يتضمن ما هو فوقه **فان قلت** كما لا يتضمن ما هو فوقه لا يتضمن
مثله ايضا على ما مر فى غير موضع فينبغى ان لا يصح اعارة المستعير ايضا ولئن
جازت الاعارة باعتبار انه ملك المنافع فليجز الاجارة بذلك الاعتبار
ايضا كما جاز من المستاجر **قلت** الشئ لا يتضمن ما فوقه باتفاق الروايات
وفى تضمن المثل روايتان يتضمن فى رواية ولا يتضمن فى اخرى والدليل
مبنى على الاولى فلا يشكل بالاعارة او نقول علل المصنف رح بطريق
الترديد فقال لو صحت الاجارة فاما ان صحت بطريق التضمن او باعتبار
ملكه المنافع لا سبيل الى الاول لان الشئ لا يتضمن مثله فكيف بما فوقه
ولا الى الثانى لانا لو صححناها لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط
من المعير وفى وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد
الى انقضاء المدة فابطلناه **فان قلت** اذا ثبت بتسليط من المعير كان هو
راضيا بهذا الضرر **قلت** معناه انا لو صححنا الاجارة لصححناها بجعل المعير
مسلطا المستعير عليها وفى جعله مسلطا زيادة ضرر به فلا يجعل مسلطا
دفعا لمزيد الضرر عنه وليس معناه ان التسليط ثبت من قبله حتى يثبت
رضاه بهذا الضرر بل التسليط على الاجارة لم يوجد من جهته فلو صححناها
لجعلنا المعير مسلطا عليها اذ لا صحة لها بدون التسليط ولو جعلناه مسلطا
وقعت الاجارة لازمة فيتضرر المعير بانسداد باب الاسترداد واجيب
عنه فى الحاشية بان هذا الضرر وان حصل رضاه ولكن يفضى الى المنازعة
لان المالك يسترد بناء على الاعارة والمستاجر لا يعطيه بناء على لزوم الاجارة
فلا يجوز كبيع الجذع فى السقف يفسد وان حصل رضاء المالك لما ذكرنا
من المنازعة **قوله** ولانا لو صححناها لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط
من المعير الخ يشكل بما اذا تهايئا فى دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة

وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه
جايزة فكذا المهاياة ولكل واحد ان يستغل ما اصابه اى يطلب عليه الاجرة
شرط ذلك فى العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه فقد صحح
اجارة احد الشريكين بعد التهايؤ مع انا لو صححناها لا يصح الا لازما الى انقضاء
مدة الاجارة وفى وقوعه لازما زيادة ضرر بالشريك الاخر لسد باب
النقض وقسمة العين وبابه مفتوح لما عرف انه لو وقع التهايؤ فيما يحتمل
القسمة ثم طلب احدهما القسمة من القاضى يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ
وبعبارة اخرى ان التهايؤ غير لازم فلو صحت الاجارة لزم لزوم ما لا يلزم
او عدم لزوم ما يلزم وهذا لان الاجارة لازمة فى الاصل فلو ملك الشريك
الاجارة فاما ان تقع الاجارة لازمة لزم لزوم التهايؤ الذى هو غير لازم
والا لزم عدم لزوم ما يلزم وهى الاجارة فيلزم خلاف موضوع التهايؤ
او خلاف موضوع الاجارة **قوله** وضمنه حين سلمه **وفيه بحث** لان
المستعير يملك الايداع فى الصحيح فاذا لم ينعقد اجارة بقى ايداعا او اعارة
ولو اودع او اعار غيره لا يضمن فكذا اذا اجر ولو سلم انه لا يملك الايداع
والاعارة فيما يختلف بالمستعمل فلا يخفى ان المستعير كالمودع فى ان
كلا منهما مأمور بالحفظ منهى عن الخلاف ثم المودع لا يصير بالدفع الى غيره
بالاجارة ضامنا بل بالمفارقة فكذا المستعير اذا دفع الى غيره بالاجارة
يجب ان لا يضمن بمجرد الدفع وانما يضمن اذا فارقه لانه حافظ قبل المفارقة
تارك للحفظ بعدها او عمل فيه المستاجر اذا كان مما يختلف باختلاف
المستعمل كالمضارب ليس له ان يضارب ولكن لو دفع الى غيره مضاربة
لم يضمن بالدفع بل بعمله كما هو ظاهر الرواية او بحصول الربح كما هو رواية
الحسن عن ابى حنيفة لان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان
يملكهما المضارب الى اخر ما مر والمستعير ايضا يملك الايداع والاعارة
فلا يضمن بمجرد القبض ولا بالانتفاع به لان له ان ينتفع بتسليط من المستعير
الا انه لا يجب عليه الاجر لعدم ولاية التمليك بالعوض فبطل الاجر وبقى
اعارة مجردة والاعارة لا توجب الضمان اما فيما لا يختلف استعماله فظاهر
لانه يملك اعارة مثله وكذا فيما يختلف لانه ان لم يملك اعارته فقد يملك ايداعه
فبطل الاعارة والاجارة وبقى ايداعا مجردا **قوله** اولان من قضية الاعارة
الانتفاع انما ذكر بلفظ او لان النكتة الاولى منقوضة بما اذا امر غيره ان يطعم
عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملكا منه اقتضاء وقد وجد القبض
المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له اولا ثم لنفسه ولا يكون الما مور

ان يرجع

ان يرجع على الامر فى ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك
ولا يثبت الاستقراض مع كونه ادنى من الهبة **قوله** لانه مغرور من جهته
حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه
واعترض بان الغرور انما يكون سببا للرجوع اذا كان بمباشرة عقد الضمان
والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت واجاب الشارح عنه بان ذلك
راجع الى الالتزام المعنوى لا الى وجود الغرور فقد قال فى المبسوط والوجه
فيه ان يقال ان كلام العاقل محمول على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت
لتصحيح الاعارة شرعا ثم لما وقت مع ذلك لا بد من ان يكون لذكر الوقت
فائدة اخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس ان اراد اخراجه
قبله فصار كانه قال ابن فى هذه الارض لنفسك على ان اتركها فى يدك
الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك فاذا بدا له فى الاخراج ضمن
قيمة بنائه وغرسه الى هنا لفظه **وفيه نظر** للقطع بان فائدة التوقيت
ليس منحصر على التزام قيمة البناء والغرس لجواز ان يكون التوقيت للمنع
عن الانتفاع بعد مضى المدة ووجوب القلع والرد بعد مضيها بلا طلب
من المعير وفى صورة الاطلاق لا يلزمه ذلك الا بعد طلبه فجاز انه وقت
دفعا لمؤنة الطلب عن نفسه فمع هذه الفائدة كيف يتعين التزام القيمة فائدة
الا يرى انه لو اعار دابة الى الليل يصح التوقيت لما ذكرنا من الفائدة ولو لم يكن
للتوقيت فائدة سوى التزام القيمة لم يصح التوقيت هنا لانعدام تلك الفائدة
فان قلت هذا ان كان يصلح فائدة للتوقيت لكن هذه الفائدة انما تظهر
اذا وفى بعهده فى التوقيت اما اذا لم يف به فلا فائدة فيه سوى الالتزام
المذكور اذ لو لم يحمل عليه لغا التوقيت ولا يظهر له فائدة اصلا وكلام العاقل
يجب ان يحمل على وجه يظهر له فائدة ما امكن **قلنا** التوقيت يستدعى الفائدة فى الجملة
وهو موجود على نحو ما ذكرنا **وايضا** لو استحق العارية فى يد المستعير والعارية
موقتة يضمن المعير عند ابى حنيفة وابى يوسف فلو كان وجه الضمان هو ما
ذكر من ان التاقيت فى معنى قولنا ابن فى هذه الارض الى اخر ما ذكر لم يضمن
عند الاستحقاق فحيث لم يوجد منه الضمان فى صورة الاستحقاق لا صريحا
ولا دلالة الا ان يقال هذا الذى ذكرته من وجوب الضمان بالاستحقاق
فذلك مما ذكره الخصاف فى شروطه ولكن ذكر فى كتاب الشروط انه لا ضمان
على المعير فى صورة الاستحقاق من غير ذكر خلاف فلنا ان نمنع ثم ما ذكره
لا يصلح مصححا لما ذكره المصنف لانه حينئذ بنى ولاية الرجوع على وجود الغرور
حيث قال لانه مغرور من جهته والشارح صرح بانه مبنى على الالتزام المعنوى

لا على الغرور بل ذلك وجه مستند لجواز الرجوع الا ان يقال ما ذكر الشارح
من قوله ذلك راجع الى الالتزام لا الى وجود الغرور فمعناه انه راجع الى الغرور الذي
هو في ضمن الالتزام لا الى مجرد الغرور وذلك لان الغرور بمجرده لا يوجب
الرجوع ما لم يوجد معه ضمان السلامة اما نصا او في ضمن عقد المعاوضة
لان كلا من المتعاقدين يضمن سلامة العوض للآخر ولو قال الواهب
للموهوب له ان استحقها مستحق فانا ضامن يرجع الموهوب له اليه عند
عند الاستحقاق لانه وجد الغرور مع ضمان السلامة نصا وايضا
المستعير لو شرط الضمان على نفسه بان قال ان هلك فانا ضامن فالشرط
فالشرط باطل ولا يجب عليه الضمان بحال مع انه غير متبرع فلان لا يلزم
الضمان على المعير باشتراطه على نفسه وهو متبرع اولى وهذا بخلاف
الواهب يقول ان استحقها مستحق فانا ضامن لانه كفالة معلقة على
الاستحقاق فان المستحق مديون للموهوب له في زعم الواهب حيث
تاخذ القيمة منه ظلما فجازت الكفالة عنه لانها تستدعي قيام الدين
في زعم الكفيل بخلاف الالتزام في صورة العارية فانه التزام ابتدائي
فكان تبرعا واحسانا فلا يكون لان ما كان الالتزام من المستعير والا وضح
في الجواب ان المعير بالتوقيت يصير غارا اذا رجع في العارية قبل انقضاء المدة
ودفع الغرور واجب ما امكن ودفعه لا يمكن الا بايجاب الضمان عليه
وايجابه لا يمكن الا بجعله ضامنا لسلامة العارية للمستعير الى المدة المذكورة
بمعنى ان لا يرجع فيه وقد امكن ايجاب السلامة بالمعنى المذكور على المعير
فاوجبنا ذلك عليه دفعا للغرور بالقدر الممكن فصار هذا الغرور
كالغرور في ضمن عقد المعاوضة لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة
انما يوجب الضمان باعتبار ان فيه ضمان السلامة بمعنى ان يسلم المبيع للمشتري
من قبل البائع فاذا لم يسلم له بالاستحقاق يرجع عليه بما لحق من الضمان
ففي كل موضع امكن القول بضمان السلامة بجعله ضامنا للسلامة وتعتبر
الغرور فيه بالغرور في عقد المعاوضة بخلاف ما لو قال اسلك في هذا
الطريق فانه امن فسلكه ثم قطع طريقه فيه حيث لا يضمن المخبر هناك
فان القول بايجاب السلامة عليه هنا متعذر اذ السلامة عن الآفات
ليس في وسعه وما ليس في الوسع لا يجب فاذا لم يمكن ايجاب السلامة
لم يضمن لان الضمان بناء على ضمان السلامة وبخلاف ما لو وهب فاستحق
الموهوب وضمن الموهوب له حيث لا يرجع لان السلامة لا يجب على الواهب
اما بمعنى ان يسلم الموهوب للموهوب له من قبله فلان عقد الهبة غير لازم

حتى لا يجب

حتى لا يجب عليه التسليم واما بمعنى ان لا يستحقه مستحق فكذلك لان ذلك
ليس في وسع الواهب فلما تعذر القول بضمان السلامة تعذر تضمينه
وبالجملة ان الغرور في مسئلة الاستعارة كالغرور في عقد المعاوضة
من حيث ان كل واحد من هذين الغرورين ممكن الدفع بايجاب ضمان السلامة
على الغار فيجب دفعه فما اشتهر القول بان الغرور لا يوجب الضمان الا
في ضمن عقد المعاوضة فمعناه والله اعلم لا يوجب الضمان الا فيما امكن
القول بايجاب ضمان السلامة على الغار **وفيه نظر** لما ذكر في الذخيرة
ان مجرد الغرور لا يوجب حق الرجوع ما لم يوجد ضمان السلامة اما نصا
او في ضمن عقد المعاوضة حتى لو كان الواهب ضمن سلامة الموهوب للموهوب
له نصا فنقول بانه يرجع الى الواهب هذا لفظه نقله الشارح في آخر باب
الهبة فلو تعذر ضمان السلامة من الواهب لم يصح منه الضمان نصا ايضا
ونقول العارية بالتأقيت تشبه بالاجارة فاعتبرناه اعارة في صحة
الرجوع واعتبرنا شبه الاجارة في رجوع المستعير عملا بالشبه والحقيقة
جميعا **قوله** وفي الترك مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا
لئلا يفوت منفعة ارضه مجانا ولا يفوت زرع الآخر لتعدل النظر من الجانبين
كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع بقل فان ثمة يترك الارض باجر
مراعاة للجانبين كذا هنا كذا في المبسوط كذا في الشرح وفي الكافي ولو
استعارها ليزرعها لم يؤخذ منه الارض حتى يحصد الزرع وقتا ولم يوقت
استحسانا لان لادراكه وقتا معلوما فكان في الترك مراعاة الحقين فكان
اولى من القلع ولان في قلع الزرع ضررا بالمستعير في ابطال ملكه وفي الترك
في يد المستعير ضررا بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر
التأخير بخلاف البناء والغرس لانه ليس له امد معلوم فيكون الضرر من الجانبين
ضرر ابطال الحق فيترجح صاحب الاصل على صاحب التبع هذا كلامه وتحقيق
ان آخر كلامه يشير الى ان الارض يترك في يده بلا اجر اذ لو تركت باجر
لم يكن في الترك ضرر بالمعير اصلا لجبران حقه بالاجر بخلاف ما اذا لم يترك
حيث يبطل حق المستعير لا الى خلف واول كلامه من قوله فكان في الترك
مراعاة الحقين يشير الى ان الارض يترك في المستعير بالاجر اذ لو ترك بلا اجر
لكان فيه رعاية حق المستعير وترجيحه على حق المعير من حيث ان حق المستعير اذا
امر بالقلع قبل ان يستحصد يبطل مجانا وحق المعير في الارض اذا ترك في يد
المستعير يتأخر الى غاية معلومة والتأخير اهون من الابطال فكان هذا
من باب ترجيح احد الحقين دون رعايتهما جميعا فاول كلامه ينافي آخره وايضا

ورتب الشيخ رحمه الله مراعات الحقين على كون التأخير هنا تأخيرا الى غاية معلومة
فلو كان مراعاتهما بناء على الترك باجر لم يكن لكون التأخير الى وقت معلوم
تأثير في مراعات الحقين وايضا لو ترك باجر لا يعقد بينهما اجارة مبتداة
الى وقت الادراك وابتداء الاجارة الى وقت الادراك لكونه مجهولا باطل
وان كان يصح بقاؤها الى ذلك الوقت فيما اذا انقضت المدة والزرع بقل
والانتهاء اسهل من الابتداء فلا يلزم من بقاء الاجارة الى وقت الادراك
ابتداؤها الى ذلك الوقت واذا تعذرت الاجارة لزم ان يكون في ترك الارض
بلا اجر فالظاهر انه اراد بمراعاة الحقين رعاية حق المستعير بابقاء الزرع
الى الادراك ورعاية حق المعير بوصول الحق في مدة يسيرة قوله
واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما ان قبضه لمنفعة نفسه
يشير الى ان منفعة القبض متى كان للقابض كان مؤنة الرد عليه ومتى كان
للمالك كانت مؤنته على المالك ولهذا قلنا مؤنة رد الوديعة على المالك
لان منفعة القبض وهو الحفظ له ومؤنة رد الرهن على المرتهن لان قبضه
قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه وفيه نظر لان المرتهن يرجع بضمان
الاستحقاق على الراهن ولو كان قابضا لنفسه لما رجع به عليه الا يرى
ان المستعير لما كان قابضا لنفسه لا يرجع بضمان الاستحقاق على المعير
وحيث يرجع به على الراهن علم انه قابض للراهن وان منفعة قبضه ترجع
اليه وهو براءة ذمته عن الدين بالايفاء الحكمي وجوابه انه لا شك
ان المقصود الاصلي في قبض الرهن هو ان يصير وسيلة الى قضاء الدين
بالايفاء الحقيقي وهذه المنفعة تخص المرتهن فيكون قبضه لنفسه ولكن
عند الاستحقاق يبطل الرهن فيظهر انه لم يكن قابضا لنفسه وان قبضه
ما كان الا للراهن لان قبضه لنفسه لم يكن الا لكونه وسيلة الى الاستيفاء
لمكان الرهن وحيث ظهر بطلان الرهن ظهر انه لم يكن وسيلة الى الاستيفاء
فظهر ان قبضه ما كان له فيتعين للراهن فيرجع بالضمان اليه والله اعلم

كتاب الهبة

قوله فلانه عقد فينعقد بالايجاب
والقبول قلت نعم هو عقد ولكنه عقد تبرع فيجب ان يتم بالمتبرع نص
بذلك المصنف رحمه الله في كتاب الرهن حيث قال وقالوا الركن هو الايجاب
بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة وايضا يحنث في قوله
لا يهب بمجرد الايجاب وانه يشعر بان الركن هو الايجاب والله اعلم قوله
ولنا قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم
اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق فالدليل على انها قلنا بعض

ما روي عن النبي عليه السلام حاكيا عن الله تعالى يقول ابن ادم مالي مالي
ليس لك من مالك الا ما اكلت فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت
اعتبر الامضاء في الصدقة والخلاف فيهما واحد كذا في الشرح نقلا عن الايضاح
قلت هذا الحديث انما يكون دليلا على ما قلنا ان لو كان المراد بالامضاء
هو التسليم والتخلية ولكن للخصم ان يقول ليس المراد منه ذلك بل المراد
بالامضاء هو ان لا يبطل صدقته بالمن والاذى يدل عليه فحوى هذا
الحديث اذ المفهوم منه انه ليس من مال العبد الا ما نفعه يرجع اليه
ونفع الصدقة لا يحصل بمجرد التسليم بل بترك المن والاذى حتى لو سلم
وقبض الفقير ثم من عليه واذاه يكون ابطالا كما وقعت الاشارة اليه
بقوله تعالى ولا تبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى وذكر في المبسوط حديثا
في اشتراط القبض فقال وعن عايشة رضي الله عنه قالت نحلني ابو بكر رضي الله عنه
جداد عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله واثنى
عليه وقال يا بنية ان احب الناس الي غنى انت واعزهم علي فقرا انت
واني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني
قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ففيه دليل على ان الهبة لا تتم الا
بالقسمة فيما يحتملها لان ابا بكر رضي الله عنه ابطل لعدم القبض والحيازة
جميعا وان هبة المشاع لا تكون باطلة لان ابا بكر رضي الله عنه باشرها
لكن الملك لا يحصل الا بعد القسمة وان التسليم كالتمليك المبتدأ الا ان
ابا بكر رضي الله عنه امتنع منه لمرضه فان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة
بشيء من ماله قوله الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ويقال
جاز ان يثبت الملك للموهوب له قبل التسليم باعتبار انه غير لازم وان للواهب
سبيلا عن نقضه ولا شك ان ما للواهب من حق الرجوع بلا قضاء ولا رضاء
يبطل بالتسليم فلا يلزمه التسليم لئلا يبطل حقه وقد يتعجب هنا مما وقع
في الشرح من قوله فان قلت يشكل على هذا ما اذا وهب احد الشريكين
نصيبه للشريك الاخر وللاجنبي اما في حق الشريك الاخر فلا الزام
على المتبرع شيئا من مؤنة القسمة ومع ذلك لا يصح وفي حق الاجنبي مؤنة
القسمة لا يلزم على المتبرع انما يلزم على الشريك الاخر كما كان يلزمه مع شريكه
قبل الهبة ومع ذلك لا يصح ايضا مع ان هذه النكتة وهي لزوم الزام المتبرع
شيئا لم يتبرع به وهو التسليم لم يوجد فيها تين الصورتين قلت جواب هذا
ايضا ياتي ان شاء الله تعالى في مسئلة هبة الشريك هذا كلامه وذلك
لان النكتة المذكورة هنا من انه لو ثبت الملك قبل القبض لزم التسليم على الواهب

ولا يلزمه التسليم ح

وانه متبرع فيلزم على المتبرع شئ لم يتبرع به وهو التسليم متحققة لقسمة
فيما اذا وهب احد الشريكين نصيبه للاخر او للاجنبي لان نصيب
من الشريكين في يده فلو ثبت الملك للموهوب له قبل القبض للزمه التسليم
الذي لم يتبرع به نعم ان النكتة المذكورة فيما سياتي من عدم جواز
هبة المشاع اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة
في هاتين المسئلتين موضع هذا الاشكال انما هو في مسئلة اخرى وتعليل
الصورتين
اخرى هذه المسئلة مع النكتة المذكورة هنا وذلك ظاهر على ان
تلك المسئلة والنكتة الثانية المذكورة ثمه ليس موضع للاشكال
بها بين الصورتين ايضا اذ انتفاء العلة لا يوجب انتفاء الحكم الا
اذا انحصرت العلة فح يستدل بعدم العلة على بقاء الحكم معه وما
بالعدم الاصلي وقد ذكر المصنف ره لعدم جواز هبة المشاع وجهين
الاول ان القبض في الهبة منصوص عليه فينصرف الى الكامل والمشاع
لا يقبل القبض الكامل والثاني ان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو
القسمة وفي الصورتين المذكورتين ان لم يوجد النكتة الثانية فقد
وجدت الاولى وانها تكفي لاثبات الحكم فلا يضر فوات النكتة
الثانية فهذا الاشكال هنا ليس بواقع موقعه وثمه ليس بموجه
ثم يشكل بما اذا شرع في الصلوة حيث يلزمه الركعة الثانية مع انه
الزام ما لم يتبرع به وكذا الناذر بالصلوة يلزمه الوضوء وانه الزام
ما لم يلتزمه وجوابه ان الشروع في الصلوة الزام للشفع لان
غير متجز جوازا وفسادا وكذا النذر بالصلوة نذر بالوضوء لانه
من شرائطه فكان الزامه الزام شئ قد التزمه اما التسليم فامر اخر
غير الهبة فلا يوخذ به الواهب وفي اثبات الملك قبل القبض اخذ
المتبرع بما لم يتبرع به فتامل قوله بخلاف الوصية وقد الحق الهبة
بالوصية في المبسوط حيث قال ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك
بمجرد القبول كالوصية وذكر في الكتاب مخالفتها لها ووجه المخالفة
ظاهر اما وجه الالحاق فهو ان عقد الهبة لما كان عقد تبرع صار
ضعيفا في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم والملك الثابت للواهب
كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف فلا بد من مؤيد وهو في الهبة
التسليم لازالة يده عنه بعد ايجاب عقد التمليك لغيره وفي الوصية
موت الموصي لكون الموت منافيا للملك كذا ذكر في الشرح وحاصله
ان الهبة الحقت بالوصية في احتياج كل منهما الى المؤيد غير ان التاييد

في الهبة

في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي ولكن يرد عليه ان الهبة انما
تحتاج الى المؤيد لانها تقع على ملك قوي فلا يوجب زواله الا بمؤيد
اما الوصية فهي عقد تمليك مضاف الى ما بعد الموت والملك بعد الموت
ضعيف لبقائه ضرورة حاجة الميت فلا يحتاج الى التاييد فلا يصح
الحاق الهبة بها في الاحتياج الى التاييد فالاولى ان يقال الحق الهبة
بالوصية في المبسوط باعتبار ان كل واحد منهما يحتاج الى الامضاء غير
ان الامضاء في الوصية يحصل ببقاء الموصي على الوصية الى حين الموت
وفي الهبة بالتسليم وقد وقع التصريح بمثل هذا الالحاق في كتاب الرهن
حيث قال في تعليل اشتراط القبض في الرهن ولانه عقد تبرع لما
ان الراهن لا يستوجب بمقابلته شيئا على المرتهن ولهذا لا يجبر عليه فلا بد
من امضائه كالوصية ثم فسروا الامضاء في الوصية ببقاء الموصي على وصيته
الى حين الموت ثم هل يصح ان يقال قوله في المبسوط كالوصية متعلق بالفعل
المنفي لا بنفي الفعل اي فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول ثبوتا مثل ثبوت
الملك في الوصية وذلك ان الهبة عقد تبرع من كل وجه فلا يثبت الملك
فيه بمجرد القبول اما الوصية فعقد تبرع من وجه وارث من وجه فمن حيث
انها تبرع يجب ان لا يثبت الملك فيه الا بالقبول والقبض ومن حيث انه
يشبه الميراث لان خلافة بعد الموت كالارث ينبغي ان يثبت الملك
بلا قبول كما في الارث فقلنا بتوقفه على القبول عملا بشبه الهبة وعدم
توقفه على القبض عملا بشبه الارث فيكون معنى قوله لان هذا اي
الهبة عقد تبرع اي من كل وجه فيتوقف على القبض فلا يثبت الملك
فيه بمجرد القبول كما يثبت في الوصية لانه انما يثبت الملك فيه بمجرد القبول
ولا يتوقف على القبض لكونها تشبه الميراث اما الهبة فتبرع من كل وجه
فيتوقف على القبض ففي المبسوط دليل على اشتراط القبض في الهبة
على وجه يتضمن جواب مالك عن القياس على الوصية قوله وحق الوارث
متاخر عن الوصية فلم يملكها جواب سؤال وهو ان التسليم ان كان
لا يلزم الموصي فهو يلزم الوارث القائم مقامه فاجاب بان الوارث ليس
بمتبرع لانه لا يملك قدر الوصية لتقدمها عليه حتى يكون متبرعا وانما يلزمه
التسليم باعتبار ان ملك الغير في يده فيؤمر بالتسليم اذا طلبه وهذا
اذا كانت الوصية بقدر الثلث فظاهر لان حق الورثة لا يتعلق بالثلث
وكذا اذا كانت باكثر منه لان الوصية بعد اجازة الوارث تنفذ من المورث
ويكون تمليكا منه لا من الوارث وملك الوارث في الزائد على الثلث

انما يثبت اذا لم يجز وصية المورث فيه قوله ان القبض بمنزلة القبول في
اى القبض فى الهبة بمنزلة القبول فى البيع فان قلت القبض لو كان
بمنزلة القبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البايع المشترى
بالقبول بعد المجلس قلنا الايجاب من البايع شطر العقد ولهذا لو
حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يحنث اما ايجاب الواهب
فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث
كذا فى الشرح ويرد عليه ان الايجاب من الواهب لو كان عقدا تاما
ينبغى ان يقف على ما وراء المجلس فى حق القبول ولا يبطل بالقيام
عن المجلس وليس كذلك فانه لو قام الموهوب له عن المجلس قبل القبول
بطل الايجاب ولا يصح قبوله بعد ذلك وجوابه ان ايجاب الواهب
عقد تام فى حقه شطر عقد فى حق الموهوب له فمن حيث انه شطر
قلنا بعدم توقفه على ما وراء المجلس فى حق القبول الذى هو حق الموهوب
له خاصة ومن حيث انه عقد تام فى حق الواهب قلنا بتوقفه فيما
وراءه على القبض الذى يحصل بالتخلية التى هى فعل الواهب عملا
بالاعتبارين لا يقال بان مسئلة اليمين التى ذكرها الشارح لا تنهض
دليلا على التفرقة بين ايجاب البايع والواهب لجواز ان يكون حنث
الواهب لمجرد الايجاب باعتبار ان المقصود ههنا الحلف عدم
اظهار السماحة فاذا وهب فقد اظهرها فيحنث قبل الموهوب له
او لم يقبل لانا نقول لا نسلم ان المقصود بالهبة اظهار السماحة بل
المقصود بها التعويض عادة لما صرح به المصنف رح فى باب الرجوع
فى الهبة كيف ولو كان المقصود اظهار السماحة لما صح الرجوع فيها
بحال لان هذا المقصود يحصل بمجرد الهبة كالثواب فى الصدقة والصلة
فى هبة ذى الرحم المحرم وحصول المقصود يمنع من الرجوع هنا والكلام
بعد محل نظر ثم هل يصح ان يقال فى الجواب بان القبض فى الهبة قبول
حكما من حيث انه يتوقف عليه الملك توقفه على القبول ولكنه ليس بقبول
حقيقة فمن حيث انه يشبه القبول قلنا بان الموهوب له يكون مسلطا
عليه من قبل الواهب ومن حيث انه ليس بقبول حقيقة قلنا بصحة الاذن
بعد المجلس عملا بجهتين جهة الحقيقة وجهة الشبه قوله فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين وقد يشكل هذا بقوله
فاطعام عشرة مساكين فانه حمل الاطعام على الاباحة عندنا كما عرف
فى اصول الفقه مع انه مضاف الى ما يطعم عينه اذ المعنى والله اعلم فاطعام

عشرة

عشرة مساكين وجوابه ان تمليك العين انما يراد اذا ذكر مفعولاه اما
اذا لم يذكر فحينئذ يكون المراد به الاباحة هكذا قالوا وفى الاية لم يذكر
مفعولاه فيراد به الاباحة وفيه نظر لان المفعول الثانى مذكور فى الاية
وهو قوله من اوسط ما تطعمون اذ معناه على ما قيل طعاما من اوسط ما تطعمون
قوله فلان حرف اللام للتمليك لا شك ان اللام للملك بل للاختصاص
غير ان جعل الشئ مختصا بغيره وملكا لغيره يستلزم التمليك فجعلت اللام
للتمليك تسامحا قوله قال الله تعالى او كسوتهم جعل الكسوة كفارة والكفارة
لا يتاتى الا بتمليك الثوب هذا انما يتاتى اذا كان الكسوة بكسر الكاف مصدرا
كما ذكر فى الكتاب اما اذا كان اسما للثوب كما نص عليه الامام فخر الاسلام
ان الكسوة بالكسر اسم للملبوس وتقدير فعل التمليك باعتبار انه تعالى
جعل العين كفارة وانه لا يصلح كفارة لانه فعل مطهر عن الذنوب
فلا بد من تقدير فعل ولكن تقدير التمليك المتعلق بالعين احق من الاباحة
المتعلق بالمنافع لانه لما تعذر جعل العين كفارة وجب ان يقدر فعل
متعلق بالعين ليكون العين كفارة من وجه فارادة التمليك بهذا الطريق
لا بطريق ان الكسوة اسم لتمليك الثوب ولئن كان محتملا لذلك فالمحتمل
لا يصلح للاحتجاج قوله ولو قال دارى لك هبة سكنى او سكنى هبة
فهى عارية لان العارية محكمة فى تمليك المنفعة والهبة تحتملها قال
الشارح ان فى لفظ الواهب انما جرى لفظ السكنى لا لفظ العارية فيجب
عليه تعليل معنى السكنى لا معنى العارية لكن ذكر فى المبسوط بعد ذكر
مسئلة السكنى مسئلة العارية على ذلك النسق فقال وكذلك لو قال
هى هبة عارية او عارية هبة فهى عارية لانه محتمل يجوز ان يكون مراده هبة
العين ويجوز ان يكون هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم
لانه محكم فى نفسه لا يتناول الا المنفعة ولما كان كذلك جاز ان يقع
فى قلب المصنف انه ذكر لفظ العارية مقرونا بلفظ الهبة كما فى المبسوط
فى صورة المسئلة وعلل العارية وهما لذلك والله اعلم كذا فى الشرح
والاقرب ان يقال انه اراد بالعارية اللفظ الدال عليه وهو لفظ السكنى
اى لان اللفظ الدال على العارية وهو لفظ السكنى محكم فى تمليك المنفعة
ولفظ الهبة يحتملها فلا يرد عليه ما ذكره قال الشارح بعيد جدا قوله
فيشترط كماله واعترض بان الهبة تتم بالتخلية وهو قبض حكمى ولو كان
الشرط هو الكامل من القبض لما تم بالحكمى لانه قبض من وجه وبان
هبة المشاع فيما لا ينقسم جايزة فلو كان الشرط هو الكامل من القبض

لما صح لعدم امكان حصول الشرط فيه واجيب عن الاول بان الهبة
فى حق الصغير الذى لا يعقل صحيح بالاجماع مع ان قبضه حقيقة لا يجرى
~~ان القبض الكامل لما اشترط فى الرهن لم يصح رهن المشاع فيما يقسم وفيما~~
الا يرى ان القبض الكامل لما اشترط فى الرهن لم يصح رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم صح
لا يقسم غير متصور فعلم ان المراد بكونه مقبوضة للموهوب له اعم من ان يكون
حقيقة او حكما ولئن قيل يمكن ان يراد مقبوضة للموهوب له او لنائبه
على حذف المعطوف وقبض النائب يكون قبضا حقيقة لا محالة قلنا
المجاز اهون من الحذف فارادة الاعم من الحقيقى والحكمى اولى من حذف
المعطوف وعن الثانى ان الاجماع منعقد على جواز الاجماع فيما لا يقسم
فيقيد الخبر بما يقسم اى لا يجوز الهبة فيما يقسم الا مقبوضة على صفة الكمال
فان قلت اذا قيد الخبر بما يقسم لم يكن دليلا على اشتراط نفس
القبض فيما لا يقسم فكيف يشترط القبض فيه **قلنا** يشترط بدليل
اخر وهو ما مر انه لو ملك قبل القبض لزم على الواهب ما لم يلتزم وهو
التسليم وقد قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل نعم يشكل بان
الاجماع لما انعقد على جواز هبة المشاع فيما لا يقسم علمنا ان المراد بقوله
الا مقبوضة نفس القبض دون القبض الكامل وذلك لان الاصل
ان كان هو انصراف المطلق الى الكامل لكن الاجماع يمنع عن الصرف
الى الكامل هنا فيراد نفس القبض وايضا قوله عليه السلام الا مقبوضة
فى تضمنه القبض نظير قولنا لا يصلى فى تضمنه الصلوة ثم هو لا ينصرف
الى الكامل حتى يحنث بتقييد الركعة بالسجدة فكذا هنا وذلك لان المصدر
ليس بمذكور عند ذكر المشتق الا بالحكم والاعتبار وانما ينصرف
الى الكامل ما هو المذكور والمنصوص من كل وجه وجوابه ان ذكر الفعل
والمشتق ذكر للمصدر والمصدر فى كل من قولنا لا يصلى وقوله عليه السلام
الا مقبوضة منصرف الى الكامل غير ان كمال الصلوة بمعناه المصدرى
يتحقق بمجرد التقييد بالسجدة فيحنث به واما الصلوة بالمعنى الاسمى فهى
ثابت فى لا يصلى اقتضاء فلا ينصرف الى الكامل وفى قولنا لا يصلى صلوة
منصوص فينصرف اليه وكمال الصلوة بالمعنى الاسمى لا يتحقق الا بتمام
الشفع لانه المخرج عن العهدة فلا يحنث الا بعد تمام الشفع **قوله** لان
القبض القاصر هو الممكن وقد يقال لما اشترط القبض الكامل فى الرهن
لم يجز رهن المشاع فيما يقسم وغيره ولم يقل هناك ان الممكن فيما لا يقسم
هو القاصر فيكتفى به فالفرق بين الهبة والرهن مع ورود مثل هذا
النص عن قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فى الرهن وهو قوله تعالى

رهان مقبوضة مشكل **قوله** لان الموهوب معدوم فان قلت لو كان
الرهن فى السمسم معدوما لجاز بيع السمسم بالدهن المفرز مطلقا وقد
مر انه انما يجوز اذا كان ما فى السمسم من الدهن المفرز ليكون الدهن
بالدهن والباقى بمقابلة الشيرج اجيب بان الدهن فى السمسم موجود
ذاتا معدوم اسما فاعتبر موجودا عند المقابلة بالدهن احتياطا فى باب
الربوا ومعدوما فى الهبة احتياطا ايضا اذ العقد اذا دار بين الصحة
والفساد فالاحتياط فى الحكم بالفساد ترجيحا لجانب الحرمة **قوله**
لانه فى يد غيره اذا كان مغصوبا او مرهونا فيه اشارة الى ان اليد
فى المغصوب والمرهون للغاصب والمرتهن لا للمغصوب منه والراهن
وما مر فى باب من لا يكون خصما من انه لو ادعى عليه عينا فى يده فقال
المدعا عليه اودعنيه فلان او غصبته من فلان او رهنه عندى
فلان يندفع عنه الخصومة اذا برهن على ذلك لانه صار خصما باليد
فاذا احال اليد الى غيره لم يبق خصما فيندفع عنه الدعوى يشير الى ان
اليد فى المغصوب والمرهون للمغصوب منه والراهن لا للمرتهن والغاصب
اذ لو كان اليد لهما لكانا خصمين ولا يندفع عنهما الخصومة باقامة البينة
على الغصب والرهن وبالجملة انه فرق ههنا بين يد المودع ويد الغاصب
والمرتهن حتى يتم هبة الاب اذا كان الموهوب فى يد مودعه وسوى
بينهما فى اندفاع الخصومة وفى الفرق صعوبة ولا يتم اذا كان فى يد غاصبه
او مرتهنه **قوله** ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله
غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
فى الصحيح قال الشارح وقوله فى الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة
الاب اى يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها
فى الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر فى الايضاح بقوله وتاويل هذه
المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكره الحاكم
فى مختصره وانما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعوله غيرها
حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبة غيبة منقطعة ليس رواية اخرى
حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها ثم لفظه **قلت** بل فيه رواية اخرى
فقد ذكر بعض المحققين ان من المشايخ من سوى بين الزوج وبين الاجنبى
والام والجد والاخ فى انه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير حتى كان الصغير
فى عيالهم وان كان الاب حاضرا كما فى الزوج ومنهم من فرق بينهما كما
ذكر فى الكتاب وقد ذكر الشارح فى كتاب الكراهة نقلا عن الامام

عند قوله ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة له ان
قوله لا اب ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة
في صغيرة لها اب وهي تحت الزوج فوهب لها شيء انها لو قبضت او قبض
لها ابوها او زوجها ان ذلك جايز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام
الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة
من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة فيثبت ان عدم
الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رح الى هنا لفظه فهذا ايضا
اشارة الى ان في قوله وكل من يعوله غيرها ايضا رواية اخرى فلا يصح
نفي الرواية **قوله** ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون
التمليك كذلك لانه حكمه **وفيه نظر** لان التفرق في الملك لا يوجب التفرق
في التمليك الا يرى انه لو باع عبدا من اثنين يثبت لكل واحد منهما الملك
في النصف مع ان التمليك غير متفرق حتى لو ادى احدهما حصته من الثمن
لا يتمكن من قبض النصف ولو كان التمليك متفرقا لتمكن منه كما لو باع من كل
نصفه بعقد على حدة وكذا لو شرط لكل واحد منهما الخيار ثم اسقط
احدهما لا يكون للاخر ان يرده بحكم الخيار ولو كان التمليك متفرقا ضرورة
تفرق الملك لكان له ان يرده كما لو باع من كل نصفه وشرط الخيار لهما
والجواب ان تفرق الملك في نفسه يوجب التفرق في التمليك اذ الحكم
يثبت حسب ثبوت العلة غير انه لم يعتبر التمليك في البيع متفرقا ضرورة
دفع الضرر عنه فالبايع ربما يجتمع النصفين في البيع توسلا به الى الثمن
جملة وهنا هو الظاهر فلو اعتبر التمليك متفرقا لفات هذا الغرض
فيتضرر به البايع وفي الهبة لا ضرورة الى جعل التمليك متحدا مع تفرق
حكمه فبقي على الاصل ثم قد يشكل بان المصنف رح علل لصحة الاجارة
من الاثنين بقوله لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيهما
طار وهذا يتاتى في الهبة من اثنين ايضا اذ التمليك فيها ايضا يقع
جملة ثم الشيوع بتفرق الملك يكون طاريا والشيوع الطاري لا يمنع
الهبة كما لا يمنع الاجارة وجوابه يخرج مما ذكرنا وسياتيك في الاجارة
قوله لان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك
في البعض فيتحقق الشيوع **فان قلت** لو اجمل الهبة ثم فصل بطريق
التساوي بان قال وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها
فهو جايز عند ابي يوسف رح على ما ذكر في عامة النسخ مع انه تنصيص
على الابعاض **قلت** نعم ولكن التفصيل على الابعاض انما يعتبر ان لو كان

التفصيل

التفصيل يخالف الاجمال اما اذا لم يخالف فالتفصيل لغو لان كلام
العاقل يعتبر لفائدة لا لعينه فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا انتصف
بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان موجب العقد عند الاجمال
ان يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله فاذا تفاوت بينهما
فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر تفرق العقد فكانه
اوجب لكل واحد العقد في جزء شايع على حدة ولهذا المعنى سوى
ابو يوسف رح في الرهن بين التفصيل على طريق التساوي والتفاضل
لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال
يثبت حق الحبس لكل واحد في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء
كان بالتساوي او بالتفاضل فظهر ان المراد بالتنصيص عليه هو التفصيل
المعتبر والتنصيص عليه بالتساوي غير معتبر لما ذكرنا الى هنا اشير
في الشرح والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قوله اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال الشارح
يحتاج الى القيود اذا وهب هبة لاجنبي ولذي رحم ليس بمحرم
او لمحرم ليس بذي رحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع حالة
العقد فله الرجوع بالقضاء او بالرضاء ومن غير استحباب بل هو مكروه
وانما قلنا ان هذه القيود يحتاج اليها لان التخصيص في الروايات
يدل على نفي ما عداه وتخصيص الاجنبي يوهم بانه لا يرجع في هبة ذي رحم
ليس بمحرم ومحرم ليس برحم وقيدنا بالتسليم لانه اذا لم يسلم فله الرجوع
وان كانت في الرحم المحرم فلو اطلقنا الرواية يلزم التسوية بين الاجنبي
وغيره في حق الرجوع من جميع الوجوه وليس كذلك وقيدنا بقوله ولم يقترن
ما يمنع الرجوع لانه اذا اقترن لم يصح وان كان اجنبيا وقيدنا باقتران
المانع في حالة العقد لانه اذا وهب لامرأة ثم تزوجها فله الرجوع
ولو وهب لامرأته ثم ابانها لا وقيدنا بالقضاء او بالرضاء لعدم كون
الرجوع بدون احدهما واطلاق الرواية يوجب صحة الرجوع بدون ذلك
وقيدنا بقولنا من غير استحباب لان الاطلاق يقتضي ان يكون الرجوع
من غير كراهة وليس كذلك تم لفظه **قلت** اراد بالاجنبي من يقصد بالهبة
منه العوض دون الصلة ولا يتناول الزوج والزوجة اذ المقصود
بالهبة منهما الصلة دون العوض كما سيجيء والتقييد بالتسليم غير محتاج
اليه لان اسم الهبة لا يطلق على المال الا بعد التسليم والقبض صرح به
الشارح بعد هذا باسطر وقد قيدنا ههنا بالهبة حيث قال وهب هبة

والمراد به الموهوب لان الرجوع في الاعيان يكون لا في الاقوال ولا نـ
لو اطلقنا الرواية لا يلزم التسوية بين الاجنبي وغيره عند الاطلاق
كيف والمعنى حينئذ انه اذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيما سلمها
او لم يسلمها والرجوع في هبة غير الاجنبي غير صحيح بعد التسليم فلا يلزم
التسوية بين الاجنبي وغيره عند الاطلاق في حق الرجوع من جميع الوجوه
نعم يلزم التسوية لو قيدنا المسئلة بما قبل التسليم والمصنف رح اطلق
ولا تسوية في الاطلاق والتقييد بعدم اقتران المانع ايضا غير محتاج
اليه لان الموانع مستثناة في قواعد الشرع والتقييد بالقضا او الرضا
مما يذكر في الكتاب بعد هذا فلا حاجة الى التقييد بذلك **قوله**
على اصله اي اصل الشافعي رح وهو ان للاب في مال الابن حق الملك
قوله لانه لم يتم التمليك لكونه جزأ له فكان له حق الملك لقوله عليه السلام
انت ومالك لابيك **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته
المراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة قبل التسليم حقيقة
ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له وذلك انما يكون
عند ثبوت الحقين ولا حق للموهوب له قبل التسليم كذا في الكافي
وفيه بحث اما اولا فلان الهبة تتم بمجرد الايجاب حتى لو حلف لا يهب
فوهب يحنث وان لم يقبل فكيف اذا وجد الايجاب والقبول جميعا
وذلك ان ركن الهبة هو الايجاب والقبول واما القبض فشرط
ثبوت الحكم والشيء يتحقق بوجود ركنه فيكون هبة قبل التسليم
حقيقة واما ثانيا فلان للموهوب له قبل التسليم حق القبض سيما عند
بقاء المجلس فلا نسلم عدم ثبوت الحقين قبل التسليم واما ثالثا فلانه
لو كان حق الواهب بعد التسليم اغلب من حق الموهوب له لما صح التصرف
للموهوب له بل كان حق التصرف فيه للواهب والامر بالعكس فالاولى
التمسك باطلاق النص فانه اثبت للواهب الاحقية قبل التعويض قبل التسليم
وبعده **قوله** ولان المقصود هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ
عند فواته وهذا يبين ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل لتمكن
الخلل في المقصود بالعقد على ان المعروف كالمشروط كذا في الشرح
ويرد عليه انه لو كان كالمشروط به بحكم العرف لكانت الهبة في جميع
المواضع مشروطة بالعوض فينبغي ان يكون بيعا انتهاء ويجري عليها احكام
الهبة المشروطة بشرط العوض وليس كذلك ثم لقوله هو التعويض للعادة
نوع مخالفة لما سبق ذكره في اخر كتاب الايمان في المسائل المتفرقة منها

حيث قال ومن حلف ان يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه
الى ان قال لان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به فهذا تصريح بان
المقصود في الهبة هو اظهار السماحة وذلك يحصل بمجرد العقد فينبغي
ان لا يكون له ولاية الرجوع لحصول المقصود اللهم الا ان يقال المقصود
بالهبة هو اظهار السماحة حالا والتعويض مآلا فاذا وهب بر الواهب
في يمينه لحصول المقصود الحالي وهو اظهار السماحة واذا لم يعوض الموهوب
له فات المقصود المآلي فكان له الرجوع ثم قد يشكل بما وقع التصريح
منهم بان المؤدى بجهة لا يصح استرداده ما لم يقع الياس عن تلك الجهة
الا يرى ان من كفل عن رجل بالف عليه فقضى المكفول عنه الالف الكفيل
قبل ان يعطيه الكفيل صاحب المال فليس للمكفول عنه ان يرجع فيها
وقد علله المصنف رح بانه تعلق به حق القابض اي الكفيل على احتمال قضائه
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها
الى الساعي هذا لفظه ولا يخفى ان حق الموهوب له يتعلق بالهبة على احتمال
ادائه العوض فينبغي ان لا يصح الرجوع للواهب ما بقي هذا الاحتمال وانه
يبقى ما بقي الموهوب له حيا وقد عرف ان الرجوع بعد موته غير صحيح فينبغي
ان لا يصح الرجوع مطلقا وايضا لو كان الرجوع باعتبار فوات التعويض
المقصود بالهبة لكان ينبغي ان لا يصح فيما اذا جعل الموهوب له يؤدي العوض
واحضره للتسليم وخلى بينه وبين الواهب والواهب لا يقبله فان هناك
المقصود غير فائت وهو ظاهر مع ان الرجوع صحيح مطلقا والجواب ان
المقصود من الهبة قد يكون هو التعويض بمال مخصوص لا بمطلق المال
وقد يقع الياس عنه بهلاكه ولا يحصل المقصود باحضار مال اخر للتعويض
فيصح له الرجوع بهذا الاعتبار وحق الموهوب له انما يتعلق بالتعويض بمطلق
المال ان لو كان المقصود هو التعويض بمطلقه وذلك ممنوع فتامل **قوله**
والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع توفيقا بين الحديثين ولا بد من الحمل
عليه دفعا للتعارض وبهذا التوفيق يشترط القضاء او الرضاء للرجوع
قوله واما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد
في قيئه في المصابيح قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس في سبيل الله
فاضاعه الذي كان عنده فاردت ان اشتريه فسالت النبي عليه السلام
فقال لا تشتره وان اعطاكه بدرهم فان العائد في صدقته كالكلب يعود
في قيئه وفي رواية لا تعد في صدقتك فان العائد في صدقته كالعائد
في قيئه **قوله** او يزيد زيادة متصلة احتراز عن المنفصلة كالولد فانه

ومسئلة الرد بالعيب على العكس اذ الزيادة المتصلة لا تمنع الرد بالعيب والمنفصلة
تمنعه وذلك انه لو رد الاصل مع الزيادة فان كان الزيادة مقصودا بالرد
فلا وجه اليه اذ الرد فسخ العقد فلا يرد الا على ما ورد عليه العقد وانه لم يرد
على الزيادة مقصودا فلا يرد عليه فسخ مقصودا ايضا وان كان تابعا في الرد
فكذلك لان الزيادة بعد الانفصال ليس بتبع للاصل اصلا فان شيئا من احكام
البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولو رد الاصل دون الزيادة
لزم ان يسلم ما هو متولد من المبيع مجانا بلا عوض وانه ربوا بخلاف الرجوع
في الهبة لامكانه في الاصل دون الزيادة اذ لا يلزم فيه الربوا لانه انما يجري
في المعاوضة دون التبرع واما الزيادة المتصلة فتمنع الرجوع في الهبة
لانه خالص حق الموهوب له فلا يتمكن الواهب من ابطاله بلا رضاه اما الرد
بالعيب فهو حق المشتري الذي له حق في الزيادة فله ان يرده تبعا للاصل
ولا يكون فيه ابطال حق احد قوله كما اذا انتقل في حال حيوته قلت
الانتقال في حال الحيوة يوجب تبدل الملك وانه يوجب تبدل العين حكما
على ما عرف واما الانتقال بعد الممات فلا يوجب تبدل الملك لما عرف
ان ملك الوارث غير ملك المورث حتى يرد عليه بالعيب ويرد هو به ويصير
مغرورا بشراء المورث ولئن قيل ملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء
في الجارية الموروثة قلنا لما كان متجددا من وجه دون وجه وحق الرجوع
قد كان للواهب في حيوة الموهوب له وبعد الموت وقع الشك في بطلانه
فلا يبطل وجوابه يخرج مما ذكرنا في مسئلة الشهادة على جر الميراث عند
قوله ان ملك الوارث متجدد في حق العين فعليك به قوله فكذا في نصفها
بالطريق الاولى ويقال جاز ان يثبت الحق في الكل ولا يثبت في البعض
كما اذا اشترى عبدين وقبض احدهما ثم وجد بالاخر عيبا فله ان يردهما
او يأخذهما وليس له ان يرد المعيب خاصة وكما اذا راى احد العبدين
ثم اشتراهما فله ان يردهما وليس له ان يرد غير المرئي وجوابه ان الاصل
هو ان يثبت الحق في البعض اذا ثبت في الكل الا ان يمنعه مانع كما في مسئلة
العيب والرؤية لان رد احدهما هناك يوجب تفريق الصفقة قبل تمام
وذلك منهي عنه قوله لان المقصود صلة الرحم ويقال المقصود من الهبة
هو التحاب لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وانه يحصل بمجرد الهبة فيجب ان
يمنع الرجوع كما قال الشافعي وجوابه يخرج مما ذكرنا عند قوله لان المقصود
هو التعويض عادة فعليك به قوله واذا قال الموهوب له خذ هذا عوضا
عن هبتك الى اخره اعلم ان ههنا مسئلة لا بد من معرفتها وهي ان العوض ينبغي

ان يكون

ان يكون من المال الذي هو غير الموهوب اما اذا عوض شيئا من الموهوب
لا يجوز لانه ذكر في المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض درهم
واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة
وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر ان هذا عوض
لان ملك الموهوب له في الموهوب يثبت بالقبض فالتحق المقبوض بسائر امواله
وسائر امواله يصلح عوضا قل او كثر فكذا هذا ووجه قولنا ان مقصود
الواهب ههنا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد تحصيل درهم
من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له كذا في الشرح وقد يستشكل
هذا بما ذكر الشارح من قبل نقلا عن المبسوط ان العوض يكون من جنس
الهبة ومن غير جنسها فهذا يدل على انه لو وهب الف درهم وعوضه
الموهوب له بدرهم من ماله يصح مع انا نعلم يقينا انه بهبته ما قصد
تحصيل درهم من ملك الموهوب له لان مثله من كل وجه كان سالما له
فلا يفيد اخذ المثل الا يرى ان المالك القديم لا يأخذ المثلي بعد
القسمة لانه لو اخذه لرد مثله وذلك لا يفيد ولانه لما قال له الموهوب
له خذ هذا عوضا عن هبتك واخذ الواهب عوضا عنه فقد ظهر
ان ما قصد بالهبة قد حصل له والا لما اقدم على اخذه عوضا فالاوجه
ان يقال ان بعض الموهوب لو جعل عوضا لادى الى عوضية الشيء
لنفسه لان ما جعل عوضا فهو داخل في المعوض ايضا فيكون بعض اجزاء
المعوض عوضا لنفسه وذلك باطل قوله لان العوض لاسقاط الحق
قلت بل لتأكيد ملك الموهوب له والتأكيد حكم الايجاب فيثبت
بهذا العوض الملك للموهوب له حكما ولا يثبت للاجنبي بمقابلة شيء
لا اصل الملك ولا التأكيد الذي هو في حكم الايجاب فلا يكون
كالموهوب له بخلاف بدل الخلع والصلح عن دم العمد حيث لا يثبت
للمرأة والقاتل شيء بمقابلة ما يؤديه من العوض فهما والاجنبي سواء
قوله لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه تصريح بان الهبة انما يسلم له بمقابلة
العوض وقد اشار قبله الى ان الاجنبي والموهوب له سواء في ايتاء
العوض حيث لا يسلم لهما شيء بهذا التعويض قوله واذا استحق نصف
الهبة رجع بنصف العوض وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة
الا ان يرد ما بقي والفرق ان المعوض ما ملكه العوض الا جزاء فيعتبر
حكم المقابلة في حقه اما الواهب فيملك ابتداء من غير ان يقابله شيء
ثم تنزيل العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء من العوض في ذلك

بمنزلة الكل اذا تم رضاه فالحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتدا الهبة
من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة من حيث انه مات
مضافا الى الهبة فيوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلة انه اذا استحق
الكل رجع بالهبة وشبهه بابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع
فى شئ من الهبة الا ان يرد ما بقى كذا فى الشرح **قوله** لانه مختلف
بين العلماء ينتقض بخيار العتق اذا كان الزوج حرا فانه ايضا مختلف
فيه ولا يحتاج فيه الى القضاء الا ان يجعل مجموع ما ذكر من الاختلاف
والوهى فى الاصل والخفاء فى حصول المقصود وعدمه دليلا وحاصله
ان حق الرجوع حق ضعيف بوجوه فاشترط القضاء او الرضاء للتاكيد
قوله لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ الخ **قلت** قد تقدم
ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته
وهذا يبين لك ان حق الرجوع ليس بمقتضى العقد بل لفوات الغرض
كما ان العقد لا يوجب الفسخ بل يوجب الحق فى وصف السلامة ثم يثبت
الفسخ بناء على فواته فلا يفترقان ولفظ الكافى فيما تقدم اظهر فى عدم
الافتراق بين الهبة والبيع فى حكم الفسخ حيث قال ولانه فات المقصود
بالعقد فيثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشى من زوال
الملك الخالى عن المقصود كالمشترى اذا وجد بالمشترى عيبا وهذا لان
المقصود بالهبة للاجانب العوض والمكافاة عادة ولهذا يقال الايادى
قروض وقد تادت بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا والمعروف
كالمشروط والتفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين هذا لفظه
فانظر كيف الحق حق الفسخ فى الهبة بحق الفسخ للمشترى فى البيع اذا وجد
بالمبيع عيبا فعلم ان حق الفسخ فى كل واحد منهما على نمط واحد ويمكن
ان يجاب بان حق الفسخ للواهب مقتضى هذا التعليل ان كان يثبت
بضرورة فوات المقصود كما يثبت للمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا فالحديث
الذى تمسكوا به من قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها يدل على ثبوت حق الفسخ للواهب بالعقد مطلقا والعمل بالنص
اولى من الراى فالتعليل يوافق الحديث فى اثبات نفس الفسخ ويخالفه
فى اثباته بطريق الضرورة فيعمل به فيما يوافقه ويرجح الحديث فيما يخالفه
قوله يكون فسخا من الاصل **فان قلت** لو كان الرجوع فسخا من الاصل
لوجب ان يعتبر من كل المال اذا صدر الرضاء به من المريض وهو يعتبر
من الثلث لا من الجميع **قلت** القياس ان يعتبر من الكل الا ان فى الاستحسان

يعتبر من الثلث لان الراد فى مرضه باختيار متهم بالقصد الى ابطال
حق الورثة فالرد قصدا جعل معتبرا من الثلث لا لانه تمليك مبتدأ بخلاف
الرد بالقضاء اذ لا تهمة هناك **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض
قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل
سواء كان الرد بالقضاء او الرضاء وانه مشكل لما ذكر فى الكافى
فى باب البيع الفاسد انه لو باعه المشترى ثم رد عليه بعيب بقضاء لم يملك
بيعه من بايعه باقل مما باع لانه فسخ من كل وجه بخلاف ما لو رد برضاء
قبل القبض او بعده او باقالة لانه بيع جديد فى حق الثالث والبايع
الاول ثالثهما هذا كلامه فقد اعتبر الرد قبل القبض بالرضاء بيعا
جديدا حتى جاز للبايع ان يشتريه من المشترى الاول بعد ما رد عليه
مشتريه قبل القبض بالرضاء باقل مما باعه وقد مر هذا البحث فى باب
خيار العيب **قوله** لان الحق هناك فى وصف السلامة لا فى الفسخ
وانما يثبت حق الفسخ ضرورة فوات وصف السلامة فلا يظهر الفسخ
على الاطلاق بل فى حقهما ويكون فى غيرهما بيعا جديدا اما حق الواهب
فهو الفسخ مقصودا فيظهر فسخ فى حق الكل **قوله** لا فى غيره محل تامل
لما ذكره المصنف فيما تقدم من قوله وان ضمن اى رب المال الثانى
اى المضارب الثانى رجع اى المضارب الثانى على المضارب الاول
بالعقد لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور من جهته فى ضمن العقد
هذا كلامه فقد جعل الغرور فى ضمن عقد المضاربة سببا للرجوع
مع انه عقد تبرع **قوله** اشتمل على جهتين فيجمع ما امكن **فان قلت**
العمل بالشبهين يمكن ايضا فيما اذا قال بحرف الباء بان يقول وهبت
منك هذا العبد بثوبك هذا مع انه بيع ابتداء وانتهاء بالاجماع **قلت**
لا نسلم ان العمل بالشبهين ممكن هناك بل ذكر حرف الباء التى تدخل
فى الاثمان تصريح بمعنى البيع فصار كما قال وهبت منك منفعة هذا
الدار شهرا بكذا حيث يكون اجارة ابتداء وانتهاء **قوله** والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك فى الهبة معلق بفعل حسى وهو
القبض والفعل الحسى لا يبطل بالشرط الفاسد لان الحسيات اذا وجدت
لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما كذا فى الكافى وانه مشكل اذ القبض
كما شرط فى الهبة شرط فى الرهن ايضا حتى لا يثبت حكم الرهن الا بعد
القبض فيجب ان لا يبطل الرهن بالشرط الفاسد ايضا وقد نص هنا
بان الرهن يبطل بالشرط الفاسد كالبيع فعلم ان تعليق الحكم

على الفعل الحسي لا ينافي فساده بالشرط الفاسد اللهم الا ان يمنع
على هذا الفساد بالشرط الفاسد في الرهن كما هو المذكور في بعض
المواضع واما على ما ذكر هنا من ان الرهن يفسد بالشرط الفاسد
فوجه عدم بطلان الهبة بالشرط الفاسد هو ان الشرط الفاسد
في معنى الربوا فيجري في المعاوضات دون التبرعات والهبة تبرع
من كل وجه فلا تبطل بالشرط الفاسد واما الرهن فتبرع ابتداء معاوضة
انتهاء فقيل لا يبطل به اعتبارا لجهة كونه تبرعا ابتداء وقيل يبطل
اعتبارا لكونه معاوضة انتهاء وفي الشرح والهبة لا تبطل بالشرط
الفاسد لان الملك فيها معلق بالقبض والقبض لا يفسد بالشروط
وانما الشروط تؤثر في العقود الشرعية **فان قلت** فينبغي ان لا يفسد
الرهن ايضا **قلت** القبض في باب الرهن اعتبر حكما فان حكم الرهن
يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف اليه والشرط الفاسد يؤثر في العقد
فاما في الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان للقبض حكم
ركن العلة والفساد لا يؤثر في الركن فلغا الشرط كذا في الايضاح
قلت حكم الرهن هو استيفاء الدين يدا من مالية المرهون والشرط
هو قبض عين الرهن وقبض عينه ليس بحكم الرهن على ما لا يخفى فما هو شرط
ليس بحكم وما هو حكم ليس بشرط فلا فرق اذن بين الهبة والرهن
من حيث ان قبض العين في كل منهما شرط لثبوت الحكم الا ان الحكم
في الهبة ملك العين وفي الرهن استيفاء الدين من مالية المرهون يدا
لا رقبة فجعل القبض في الرهن حكما وفي الهبة شرطا يحتاج الى مزيد تأمل
قوله فاشبه الاستثناء وجه المشابهة ان في صورة اعتاق الجنين
لا يبقى الحمل على ملك الواهب لصحته كما لا يبقى على ملكه بالاستثناء لعدم صحته
فكانت هبة الجارية في الصورتين هبة شيء غير مشغول بملك الواهب
فيصح اذ لا مانع هنا سواه بخلاف تدبير الجنين فانه بعد التدبير يبقى
على ملكه فيكون هبة الجارية هبة شيء مشغول بملك الواهب فلا يجوز
وقد يقال هبة الجارية في صورة الاعتاق وان كان هبة شيء غير مشغول
بملك الواهب فلا يخفى ان قبض الجارية لا يتحقق الا بضم الجنين اليها
فيكون في معنى هبة المشاع من حيث ان القبض في كل منهما لا يمكن الا بضم
غيره اليه وانه يمنع كمال القبض على ما مر الا ان يجاب بان الجنين جزء
من وجه نفس على حدة من وجه الا يرى انه يتغذى بغذائها وينتفس بتنفسها
وينفصل عنها بالمقراض ويعتق باعتاقها ويدخل في بيعها من غير ذكر

وهذه

وهذه دلائل كونه جزءا وانه يقبل الاعتاق مقصودا ويجب الغرة بقتله وهذا
اية كونه نفسا فاعتبرناه جزءا في صورة الاعتاق فلا يتوقف قبض الجارية
على قبض غيرها حتى يورث نقصانا في قبضها فاعتبرناه نفسا في صورة التدبير
فجعلنا هبتها كهبة المشاع ولم يعكس لان الهبة لو صحت مع التدبير والموهوب
مشغول بملك الواهب فلان يصح مع الاعتاق وان الموهوب غير مشغول
بملك الواهب اولى فلم يتحقق العمل بالشبهين ثم ليت شعري ما وجه جعل
الاستثناء اصلا وجعل تشبيهه جايزا وعدم تشبيهه ممتنعا مع ان الاصل
في المستثنى عليه الجواز والامتناع انما هو تحقق الشيوع في مسئلة التدبير
وعدم تحققه في مسئلة الاعتاق وصورة استثناء الحمل من هبة الجارية
انما جازت باعتبار انتفاء المانع من الجواز وهو الشغل بملك الواهب الذي
هو في معنى الشيوع من حيث انه ينافي القبض الكامل فكان الاولى ان يجعل
وجود معنى الشغل بملك الواهب في صورة التدبير وعدمه في صورة الاعتاق
اصلا للجواز والامتناع لا شبه الاستثناء وعدمه كيف والاستثناء باطل
والباطل لا عبرة به فكان القياس على الاستثناء كالقياس على صورة هبة
الجارية من غير استثناء الحمل وليس في هذا القياس كثير فائدة **قوله** فبقي هبة
المشاع **فان قلت** نعم ولكن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة والجارية
مع الحمل مما لا يحتمل القسمة لان المعتبر بعدم احتمال القسمة هو ان يهلك بالقسمة
او يتعيب وهناك كذلك **قلت** ان عرضية الانفصال في الحمل في ثاني الحال
ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب
فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في الشرح ولكنه يشكل بما ذكره الشارح
في كتاب البيوع في الفرق بين حمل الجارية وزرع الارض من حيث ان الحمل يدخل
في البيع من غير ذكر والزرع لا يدخل الا بالذكر حيث قال انه لما لم يقدر غير الله
على فصل الولد من امه ووجد المجانسة بينه وبين امه نزل منزلة الجزء من امه
فلم يعتبر انفصاله في ثاني الحال لوجود معنى الجزئية في الحال من كل وجه ولعدم
تمكن البائع من فصله اما الزرع فليس من جنس الارض فلم يمكن اعتبار معنى الجزئية
فيه حتى يصلح تبعا لها الى اخر ما قال هناك ووجه الاشكال ظاهر فليتأمل
بل الجواب انا انما اكتفينا بالناقص من القبض في ما لا يحتمل القسمة اذا وهب
جزءا شايعا منه لعدم امكان الكامل من القبض فيه وهنا القبض الكامل متصور
بعد انفصال الجنين منها فيجب التوقف الى ان ينفصل والله اعلم **قوله** على ان يرد
عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها اي من الدار الموهوبة انما قيد به لانه اذا
شرط العوض من غير تلك الدار بان يقول وهبت لك هذه الدار على ان تهب لي

توبك هذا فالشرط جايز **قوله** وهو يعمل في المعاملات دون التبرعات
فان قلت الرهن ايضا من التبرعات على ما يجيء التصريح به في كتاب الرهن مع انه
يبطل بالشرط الفاسد على ما ذكر في الكتاب من قبل **قلنا** انه تبرع ابتداء ولكنه
معاوضة انتهاء فقلنا بانه يبطل بالفاسد من الشروط اعتبارا بجهة المعاوضة
اما جهة التبرع فقد اعتبرت في احكام اخر سيجيء بيانها في الرهن ان شاء الله تعالى
مع انه ذكر الرهن في بيوع العدة من جملة ما لا يبطل بالشروط الفاسدة فلنا
ان نمنع **قوله** وهبة الدين ممن عليه ابراء هذا يقتضي ان هبة الدين وابراءه
في حكم واحد من حيث ان كل واحد لا يتوقف على القبول كما هو منصوص عليه
في المغني ولكن ذكر في المبسوط ان هبة الدين لا يتم الا بالقبول وابراءه يتم
بدونه **قوله** ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول قال الشارح
في فصل ثبوت النسب ان ابراء رب الدين يرتد بالرد حال ابتداء الابراء
اما لو سكت المديون يصح الابراء من غير قبول فبعد ذلك لو رده لا يرتد ونظيره
الامر باليد فانه يرتد بالرد عند التفويض اما بعد ذلك فلا يرتد هذا كلامه
وانه تصريح بان الابراء انما يرتد بالرد اذا رده على فور الابراء اما لو سكت
بعد الابراء ثم رده لا يرتد وذكر الشارح هنا ان الابراء يتم من غير قبول
ولكن للمديون حق الرد قبل موته ان شاء وانه منه تصريح بان حق الرد لا يبطل
بالسكوت بل يبقى الى ان يموت المديون وذكر بعد هذا اختلف المتاخرون في ان
الرد هل يشترط مجلس ابراء الدين وهبته قال بعضهم يجب ان يرده في المجلس
ولكن الرواية عن السلف المجلس وغير المجلس في حق صحة الرد سواء **قوله**
والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق
والعتاق هذا تصريح من المصنف رحمه الله بان الاعتاق اسقاط محض وذكر
في الكافي في باب الخلع ان الاعتاق من قبيل الاثبات حيث قال ان اشتراط
بدل الخلع على الاجنبي صحيح بخلاف التزام المال من الاجنبي بدلا عن العتق
فانه لا يجوز لان اشتراط البدل على الاجنبي في الاسقاطات جايز وفي الاثبات
لا يجوز والخلع من الاسقاطات والاعتاق من الاثباتات هذا لفظه
وذكر في تعليقات الامام البرغري ما يدل على ان الاعتاق اثبات من وجه
اسقاط من وجه وليس باسقاط محض حيث قال واما صحة التعليق في تعليق
الاعتاق بالشرط فلان الاعتاق اثبات القوة في العبد بواسطة ابطال
الملك ومن حيث الابطال يتعلق بالشرط هذا لفظه وهكذا ذكر في حاشيته
في كتاب العتاق عند قوله واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط حيث
قال فيها ان الاعتاق اثبات القوة عندنا لكن بواسطة ازالة الملك فكان

بنه معنى

بنه معنى الاثبات والاسقاط جميعا هذا لفظها فعلى هذا قول المصنف رحمه الله
هنا كالطلاق والعتاق محل تامل ووجه التوفيق ان الاعتاق من حيث
انه تصرف صادر من العبد ليس الا ازالة الملك واسقاط الحق اما ثبوت
القوة الشرعية فذلك باثبات الرب اياه على ما عرف فيكون الاعتاق
من حيث هو اثباتا من وجه اسقاطا من وجه اما بالنظر الى المعتق والمعلق
فاسقاط محض وبهذا يسقط المخالفة فتامل ويقال اراد بالمحضة
الخالية عن معنى التمليك والاعتاق وان كان اثباتا فهو خال عن معنى
التمليك ففي قيد المحضة بالمعنى الخالية عن معنى التمليك يخرج النكاح
عن الاسقاط المحض لكونه تمليكا من وجه وان كان اسقاطا كما اشار
اليه المصنف رحمه الله في الوكالة ويدخل الاعتاق لخلوه عن معنى التمليك
وكذا يدخل التوكيل ايضا لخلوه عن التمليك وان كان اثباتا ثم قوله يختص
بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها محل تامل اذ لا معنى للحلف بها سوى
تعليقها بالاخطار اذ التعليقات تسمى حلفا فيؤول الى قولنا التعليق بالشرط
يختص بالاسقاطات المحضة التي يعلق بالشروط ولا يخفى ما فيه من الركاكة
فتامل **قوله** انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى **فان قلت** هو معارض
بما روي انه عليه السلام اجاز العمرى والرقبى **قلت** الرقبى قد يكون من الارقاب
وقد يكون من الترقب فيحمل الحديث المجوز على ان يكون من الارقاب وهو
جعل رقبة الشيء لغيره والمحرم على ان يكون من الترقيب توفيقا بينهما كذا
في الشاهان وانه انما يتم لو كان الارقاب بمعنى جعل رقبة الشيء لغيره
ولكن ذكر في الصراح الارقاب والترقب بمعنى حيث قال ارقبته دارا وارضا
وهو ان يقول ان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي والاسم الرقبى
قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك ويقال لو كان معناه
هكذا لزم ان يكون وصية اذ ليست الوصية الا تمليك مضاف الى موت الموصي
قبل موت الموصى له لان موت الموصي قبل موت الموصى له شرط لنفاذ الوصية
ذكرا ولم يذكر فاذا ذكر كان تصريحا بمعنى الوصية والعبرة في العقود للمعاني
كما عرف **قوله** لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به مشكل لان الرقبى عندهما
تعليق التمليك بالخطر فغاية الامر انه يتضمن الاذن بعد الموت والمقصود
اثبات الاذن بالانتفاع في الحال ولا دلالة للتعليق عليه والله اعلم بالصواب

كتاب الاجارة

قال هي اي الاجارة بيع لمنافع
معلومة باجر معلوم **قلت** ان كان هذا تعريفا للاجارة الصحيحة يرد على طرده
بيع منفعة معلومة باجر معلوم بشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد

المتعاقدين

كشرط ان يقرضه صاحبه او ان يبيع احدهما من صاحبه شيئا فانه اجارة فاسدة
مع صدق التعريف عليه وان كان تعريفا لمطلق الاجارة صحيحة كانت او
فاسدة يرد على عكسه اجارة المنافع المجهولة والاجارة باجرة مجهولة فانه اجارة
فاسدة مع عدم صدق الحد عليه الا ان يقال انما قيدنا بكون المنافع
والاجرة معلومة احترازا عما اذا كانا مجهولين وانما احترز عن المجهول لكونه
مفسدا للعقد فيكون ذلك احترازا عن سائر المفسدات دلالة كانه قال
بيع المنافع الخالي عن المفسدات فيكون تعريفا للاجارة الصحيحة وهذا
كتعريف البيع بمبادلة المال بالمال بالتراضي حيث احترز بالتراضي عما
اذا لم يكن بالمراضاة وانما احترز عنه لكونه مفسدا فكان ذلك احترازا
عن جميع المفسدات دلالة كانه قال مبادلة المال بالمال الخالية عن المفسدات
فيكون تعريفا للبيع الصحيح ولكن جعل التراضي في تعريف البيع اصلا
واكتفي به عن سائر ما لا بد منه لصحة البيع وفي تعريف الاجارة جعل
معلومية البدلين اصلا في ذلك ولا يعرف له وجه اذ لو عرف الاجارة
بمبادلة المنافع بالمال بالتراضي كان صحيحا ولو عرف البيع بمبادلة مال
معلوم بمال معلوم كان صحيحا ايضا فاما ان يفرق بينهما بان يجعل التراضي
اصلا في البيع والمعلومية في الاجارة فيحتاج الى استخراج وجه صحيح ثم
يشكل بما اذا قال اجرت منافع هذه الدار بكذا درهما فانه لا يصح مع انه
بيع منافع معلومة باجرة معلومة خالي عن المفسدات وبما اذا استأجر
شجرا للتجفيف الثياب باجرة معلومة فانه لا يصح مع صدق التعريف الا
ان يمنع صدق التعريف عليه فان من شرط صحة الاجارة ذكر العين وافامتها
مقام المنافع المعدومة وربط الايجاب والقبول بالعين وهذا الشرط
مفقود فيما اذا ذكر المنافع دون العين فلا يكون خاليا عن جميع المفسدات
وكذا من شرط الاجارة ان يكون المنفعة متقومة وهي المنفعة التي
لا توجد مباحة ومنفعة تجفيف الثياب مما توجد مباحة لا يمنع عنها
ويجري البذل فيها فلا يكون اجارة الشجر لمنفعة تجفيف الثياب خاليا
عن المفسدات ثم يشكل باستيجار الشاة او الناقة ليشرب لبنها فانها
اجارة باطلة مع صدق التعريف عليها وجوابه المنع فان هذه الاجارة
ليست بيع المنفعة بل هو بيع العين وهو اللبن فلا يكون اجارة بل بيع المعدوم
وانه باطل لكنه يشكل باستيجار الظير فانه استيجار صحيح مع انه ليس بيع
المنفعة لان لبنها عين واجيب بان الاستيجار ثمه واقع على خدمتها التي
هي المنفعة لا على لبنها التي هي عين وانما يستحق اللبن تبعا للمنفعة كما يستحق الصبغ

على الصباغ

على الصباغ تبعا للعمل ثم يشكل بان عقد الاجارة في الاجير المشترك كالصباغ
والقصار يرد على عمله لا على منافعه وفي اجير الوحد يرد على المنافع كذا
قالوا فمتى كانت الاجارة واردة في الاجير المشترك على عمله لا على منافعه لم يتناول
اجارته في التعريف المذكور اللهم الا ان يقال العمل من اثار المنافع
وهو القوى البدنية فيراد بالمنفعة اعم من ان تكون حقيقية او حكمية
واثر المنفعة منفعة حكما او يقال العمل منفعة خاصة فالعقد في الاجير
المشترك يقع على المنفعة الخاصة وفي اجير الوحد يقع على جنس المنفعة

قوله وقد شهدت بصحتها الاثار اي لشرعيتها في اصلها وانعقادها
لترتب الاحكام عليها وقد ذكرنا ان من الاثار في الكتاب وفي خبر
اخر ثلث انا خصمهم يوم القيمة ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطى بي
ثم اغدر ورجل استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوف اجره ورجل باع
حرا واكل ثمنه كذا في الشرح **قلت** وجوب الاجر بعد استيفاء المنفعة
لا يدل على شرعية العقد لجواز ان يكون العقد فاسدا ويجب اجر المثل
بعد استيفاء المنفعة كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة

قوله اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه والامر باعطاء الاجر
دليل صحة العقد **فان قلت** الاجر كما يجب في الصحيح من الاجارات يجب
في الفاسد منها ايضا الا انه يجب فيه اجر المثل والامر باعطاء الاجر
بعد فراغ الاجير عن العمل لا يدل على شرعية العقد وصحته شرعا **قلت**
قد ذكرنا ان المراد بالصحة انعقادها لترتب الاحكام عليها لا الصحة
بمعنى الجواز المقابل للفساد والامر باعطاء الاجر يصلح دليلا على الصحة
بمعنى الانعقاد لترتب الاحكام وبهذا يخرج الجواب عما يرد على الحديث
الذي تمسك الشارح فتأمل تدبر **قوله** والدار اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب والقبول هذا اشارة الى ان
العين اذا لم يذكر في العقد بل ذكرت المنفعة بان قال اجرت منافع هذه الدار
شهرا بكذا لم يصح وهو رواية البزدوي وذكر في المحيط اذا قال اجرتك
منافع هذه الدار شهرا بكذا او وهبت منافع هذه الدار شهرا بكذا او ملكتك
منافع هذه الدار شهرا بكذا يجوز واذا قال بعت منافع هذه الدار شهرا
بكذا فالاجارة فاسدة لان القياس يابى جوازها الا ان الشرع ورد به
اذا باشر العقد على العين او المنفعة بلفظة الاجارة غير انه الحق بها كل لفظ
لا يختص بتمليك العين كلفظة الهبة والعارية والتمليك ولفظ البيع
يختص به فلا يلحق بها فبقي على القياس وقال شيخ الاسلام فصل بيع لكنه

مشكل

لان لفظ البيع سبب لملك المنفعة فينبغي ان يجوز استعارته لتمليك المنفعة قال
والوجه فيه ان المنفعة معدومة فلا يصلح محلا لاضافة العقد اليها لانه
اقيم العين مقامها في جواز الاضافة اليها ولفظ البيع ان اضيف الى العين
فهو صالح لتمليكها فلا يجعل مجازا وان اضيف الى المنفعة فهي معدومة لا تصلح
لاضافة العقد اليها حتى لو قال الحر بعت نفسي منك شهرا بكذا لعمل كذا فهو جائز
قال صاحب المحيط وهو مشكل عندي لان علة عدم الجواز لو كانت هي العدم
ينبغي ان لا ينعقد الاجارة بلفظ الهبة والتمليك وبالاجماع انه ينعقد بهما انتهى
كلامه ولكن انعقاد الاجارة بلفظ الهبة والتمليك اذا اضيف الى المنافع
ممنوع على اختيار شيخ الاسلام ودعوى الاجماع غير مسلم عنده ولو سلم
فالقياس يقتضي ان لا ينعقد الاجارة عند الاضافة الى المنافع الا ان الشرع
ورد بجوازها اذا باشر العقد على العين او المنفعة بلفظ الاجارة فجوزناه
عند اضافة الى المنفعة بلفظ الاجارة على خلاف القياس ثم الحقنا مثل لفظ
التمليك والهبة مما لا يختص تمليك العين بلفظ الاجارة فجوزنا به ايضا قوله
لما روينا اي لدلالة ما روينا وهو قوله عليه السلام فليعلمه اجره وذلك لان الاجر
في العقود هو المعقود عليه فلما اشترط اعلام التبع وهو المعقود به فلان
يشترط اعلام المتبوع اولى قوله فيعتبر بثمن المبيع قلت اعتباره بثمنه
يقتضي اذ لا يصلح اجرة ما لا يصلح ثمنا وليس كذلك قوله كالاعيان التي
ليست من ذوات الامثال فانها اذا كانت معينة تصلح اجرة ولا تصلح
ثمنا وكذا المنافع فانها تصلح اجرة بان استاجر سكنى دار بركوب دابة
ولا تصلح ثمنا في البيع وفي الكافي ثم اعلام الاجرة ان كانت من النقود
ببيان النقد وبيان الصفة انه جيد او وسط او ردي وان كانت
الاجرة مكيلا او موزونا او عدديا متقاربا فاعلامها ببيان القدر والصفة
ويحتاج الى بيان مكان الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وان كان
عرضا او ثوبا يشترط فيه شرائط السلم لان وجوب الثياب دينا في الذمة
عرف بالشرع والشرع ورد به بطريق السلم وفي هذا كله اذا كانت الاجرة
عينا فاعلامها بالاشارة لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وان كانت
الاجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينا لان الحيوان لا يجب دينا في الذمة
بدلا عما هو مال هذا كلامه وانه اشارة الى ان الثوب وكل ما هو من غير
المثليات سوى الحيوان يثبت دينا في الذمة ولكن ذكر الشارح
نقلا عن المغني ان الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان وغيره
انما تصلح اجرة اذا كانت عينا اما اذا كانت دينا لا تصلح اجرة لان الحيوان

لا يثبت

لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال وايضا قبض راس المال في السلم شرط
في المجلس حتى ان السلم بالدين باطل لانه لا يحتمل القبض والمنافع المعدومة كالدين
فيجب ان لا يصح جعله بدل السلم قوله وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره وقد يقال
بل ينفي اذ التقييد في الروايات يوجب نفي ما عداه قوله لانه عوض مالي متعلق
بصلاحية غيره اي لا ينفي صلاحية غيره الحاصلة لكونه عوضا ماليا وهو دليل على قوله
وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة كالاعيان اي لانه الاجرة عوض مالي فكل ما كان مالا
متقوما كان اجرة قوله الاجرة لا تجب بالعقد المراد وجوب الاداء اما نفس الوجوب
فيثبت بنفس العقد كذا في الشاهان وقيل معناه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد
ان كان عينا ولا يجب في الذمة ان كان دينا وهذا اوفق بما ذكر في الكتاب
من قوله ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا الى آخره فهذا الدليل يقتضي ان
الملك في الاجرة لا يجب بنفس العقد ولو كان نفس الوجوب ثابتا بالعقد لثبت
الاجرة في الذمة كالدين المؤجل فتكون مملوكة قبل استيفاء المنفعة اذ الثابت
في الذمة مملوك فلا يتحقق التسوية المطلوبة في عقد المعاوضة ولانه قد ثبت
الوجوب المنفي بقوله ويستحق باحد معاني ثلثة ولا يخفى ان الثابت باستيفاء
المنفعة هو نفس الوجوب لا وجوب الاداء لان الاداء انما يجب بالخطاب والطلب
واستيفاء المنفعة ليس من الطلب في شيء فظهر ان المنفي هو نفس الوجوب
ولان عدم وجوب الاداء الذي يتعلق بالخطاب بنفس العقد مما لا ريب فيه
فلا حاجة الى بيانه فما ذكر في الشاهان ان كان يوافق الروايات فهو
يخالف ما اشار اليه المصنف ره وهو اصح الروايتين فان قلت فلو لم يكن
الاجرة واجبة بنفس العقد لكان ينبغي ان لا يصح الابراء عنها والرهن
والكفالة بها وهذه التصرفات صحيحة قلت صحة هذه التصرفات لا تستدعي
الوجوب بل يكفي وجود السبب في صحتها على ما عرف وسبب الوجود موجود
هنا وهو العقد فتصح قوله ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا فان قلت
انكم اقمتم العين مقام المنفعة فيكون تسليمها تسليم المنافع اجيب بان
المعقود عليه حقيقة هي المنافع الا ان العين اقيمت مقامها ليرتبط
الايجاب والقبول ففيما وراء ذلك العقد واقع على المنافع التي ستوجد
وانها لا تملك قبل الوجود ولا تكون مسلمة الى المستاجر قبله فلا تملك
اجرتها قبل استيفائها ايضا قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر
وان لم يسكنها هذا اذا كانت الاجارة صحيحة وتمكن من الاستيفاء
في المدة وفي المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا كانت الاجارة
فاسدة لم يجب الاجر الا بحقيقة الاستيفاء وكذا اذا لم يتمكن من الاستيفاء

بان منعه الاجنبي وتمكن منه ولكن لا في المدة ولا في الموضع الذي وقع العقد
في حقه بان استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب بها بعد مضي
اليوم بالدابة ولم يركب واستأجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها
المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة لا تجب
الاجرة في هذه الوجوه فالمسئلة مقيدة بهذه القيود الى هنا اشير
في الشرح **قلت** انه رح وضع المسئلة في استيجار الدار للسكنى ثم اشار
بقوله اذا غصبها غاصب سقطت الاجرة الى ان قبضها في جميع المدة شرط
لاستحقاق جميع الاجر ولا يخفى ان المستأجر عند قبض الدار في جميع المدة
يتمكن من استيفاء المنفعة فيها وفي الموضع الذي وقع العقد في حقه
فلا حاجة الى هذين القيدين وكذا التقييد بالتمكن من الاستيفاء مستفاد
بقوله فاذا فات التمكن فات التسليم فلا حاجة الى التصريح به **فان قلت**
هذه القيود على ما ذكرت تستفاد بالتعليل الذي ذكر المصنف في شرح
القدوري وسؤال الشارح انما هو على لفظ القدوري انه اطلق ما يجب
تقييده وليس في كلام القدوري ما يغني عن هذه القيود **اجيب** بان
القدوري اورد لفظ محمد رح مع طرح تعليله الذي يستفاد منه هذه القيود
ومحمد رح ذكر المسائل مع الدلايل فكان لفظه غير محتاج الى هذه القيود اما
التقييد بكون الاجارة صحيحة فلا بد منه غير انه لم يذكره للشهرة او اراد
بالدار هو الدار المستأجر بالاجارة الصحيحة بجعل اللام فيه للعهد **قوله**
فانفسخ العقد وقيل لا ينفسخ ولكن يسقط الاجر ما دامت العين في يد الغاصب
بدليل انه لو ارتفع الغصب وبعض المدة باق بقيت الاجارة ولو انفسخت
بالغصب لم يعد الا بعقد جديد الا انا نقول الانفساخ ضروري فلا يظهر
فيما وراء مدة الغصب والاصح ما في الكتاب لان فوات التمكن من الانتفاع
فوجب هلاك المنافع في حقه والمنافع هي المعقود عليها والمعقود عليه
اذا هلك انفسخ العقد لعدم بقاء محل انعقاده **قوله** حتى يفرغ من العمل
لا بد وان يقول ويسلم لان المراد هنا من يعمل في بيته لا في بيت المستأجر
بقرينة قوله كذا اذا عمل في بيت المستأجر ومن يعمل في بيته لا يستحق الاجر
بمجرد الفراغ حتى يسلم اليه **قوله** لان العمل في البعض اي البعض اليسير
غير منتفع به وفي الكثير ان كان ينتفع لكنه غير مسلم اليه والتسليم شرط
لاستحقاق الاجر فيما اذا خاط في بيته **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستأجر
لا يستوجب الاجر قبل الفراغ هذا يخالف لعامة الكتب ففي المبسوط
لو استأجر خياطا ليخيط له في بيت المستأجر قميصا فخاط بعضه فسرق الثوب

فله

فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب
بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود
وفي الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له اثر في العين يجب
عليه الاجر بعد ايفاء العمل كله الا ان يعمل الخياط والصباغ في بيت صاحب
المال فح يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الآخر يجب بايفاء الاجر
بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال
وذكر الامام قاضيخان لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل
عملا يستحق الاجر بقدره وهكذا في غيره لكن ذكر هذا الحكم في التجريد
كما ذكر في الكتاب ففعل المصنف رح اتبع صاحب التجريد والله اعلم بما
هو الحق عنده ثم ذكر الامام قاضيخان في الفرق بين الخياطة والخبز فقال
ان احترق الخبز في التنور قبل الاخراج لا اجر له سواء كان في بيت المستأجر
او في بيت الاجير لان الخبز قبل الاخراج لا يصير منتفعا به بخلاف الخياط
اذا خاط في منزل رب الثوب فهلك الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق
حصته من الاجر لان قدر ما خاط منتفع به ثم قد يوفق بين الروايات
بان ما ذكره المصنف رح من انه لا يستوجب الاجر قبل الفراغ فالمراد به
هو الفراغ عن عمل له حصة معلومة من الاجر وما ذكره غيره فالمراد منه
ايضا هو العمل الذي له قدر وقيمة وله حصة معروفة فيما بينهم على ما يشعر
به التقييد في الذخيرة بقوله يجب الاجر بعد ما استوفى من المنفعة اذا كان
له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال ولو لم يأول كلام المصنف رح لاشكل
الفرق بين مسئلة الجمال وهذه المسئلة فان الجمال يستحق الاجر في كل مرحلة
مع ان المقصود لا يحصل بكل مرحلة على الكمال فكان اشتراط حصول المقصود
في الخياط على الكمال دون استيجار الحمل تحكما **قوله** وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وعندهما يضمن وهذا اختيار القدوري وعند غيره لا ضمان
عليه بالاجماع اما عنده فظاهر وكذا عندهما لانه هلك بعد التسليم ولكن
قال القدوري هو مضمون عندهما فلا يبرأ الا بحقيقة التسليم دون
الوضع كما هو الحكم في المغصوب **قوله** طين منتشز بالزاء المعجمة اي ترفع
في الصراح نشز جاى بلند نشز بالسكون مثله وبلند نشستن من باب
نصر وضرب **قوله** لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب فله حق الحبس
لاستيفاء البدل كما في البيع وفي هذا نوع مخالفة لما اختاره المصنف رح
في مسئلة استيجار الظئر ان المعقود عليه هو نفس العمل اما الصبغ فيستحق
تبعا وفي استيجار الظئر المعقود عليه الخدمة اما اللبن فيستحق تبعا وعن هذا

قيل المراد بقوله لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب اي من حيث الاعتبار
اما من حيث الحقيقة فالمعقود عليه هو العمل وبهذا صرح في الكافي فهاهنا
وتوضيحه ان الاجارة تنعقد على العمل لانها عقد وضع لاستحقاق المنافع
ولكن المقصود في استيجار الصباغ والظاهر هو التوصل الى العين فمن حيث
ان الاجارة تنعقد على العمل كان المعقود عليه من حيث المعنى هو العين
كالصبغ واللبن فقلنا للصباغ جاز ان يحبس الثوب المصبوغ لاستيفاء
الاجر لان الصبغ القايم بالثوب هو المقصود للعاقد بايراد العقد على العمل
فصار كانه باع الصبغ منه والعين اذا بيع فللبايع ان يحبسه حتى يستوفي
بدله فكذا هذا فالمراد بالحقيقة هو الظاهر وبالاعتبار هو المعنى والعبرة
للمعنى والمقصود دون الصورة والمعنى هنا يوجب حق الحبس وان كان
الصورة لا يوجب ذلك فيكون له حق الحبس ترجيحا لجانب المعنى والله اعلم
قوله وغسل الثوب نظير الحمل لانه ازالة الدرن لا احداث للبياض
بل البياض كان للثوب لكنه صار مستورا بالدرن فاذا زال الدرن
عاد البياض الاصلي وعلى هذا كان المراد بالقصار في قوله وكل صانع
لعمله اثر في العين كالقصار هو الذي يقصر بالنشا ونحوه او بياض البيض
لا مطلق القصار ولكن الاصح ان له حق الحبس بكل حال لان عمل القصار
وان كان في ازالة الدرن لا في احداث البياض لكن لما غلب عليه الدرن
والوسخ حتى استتر به صار كالمعدوم وحين اظهره القصار بعمله جعل
ظهوره مضافا الى عمله قوله وقد احياه وكانه باعه منه وقد يقال
مثل هذا لا يوجب حق الحبس الا يرى ان فداء العبد الجاني غير شراء
على ما مر في المضاربة ان العبد الجاني كالزائل عن ملك المولى بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء مع انه ليس لولي الجناية ان يحبس العبد
حتى يستوفي الفداء وايضا الجعل مقدر باربعين درهما اذا رده من مسيرة
سفر وان كان اقل من ذلك فبحسابه على ما مر وانه يشعر بان الجعل بمقابلة
العمل حيث يتفاوت بتفاوته ولو كان بمقابلة العين لما تفاوت

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قوله للسكنى موصلة للدور والحوانيت لا صلة الاستيجار اي يجوز استيجار
الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول زمان العقد استاجرت
هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها
غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت كذا في الشاهان وذكر الشارح
هاهنا ما يدل على ان الحكم في صورة التنصيص على السكنى وفي صورة عدم التنصيص

قوله مراده اذا كانوا معلومين لانهم لو لم يكونوا معلومين فالاجارة فاسدة للجهالة وفي الشرح ومعنى المسألة ان يكونوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بحملهم ويقل مؤنتهم بنقصان عددهم فاما اذا كان لا يقل لجب جميع الاجر
صح

عليه

عليه سواء حيث قال وقوله وله ان يعمل كل شيء صورة المسألة وجوابها
وقوله للاطلاق دليلها اي يجوز له ان يعمل كل شيء لانه اطلق السكنى ولم يقيدها
بشيء فيتناول لجميع ما يتم به السكنى من الاعمال الى هنا لفظه فهذا يدل على ان
غير السكنى من غسل الثياب والوضوء وكسر الحطب وغيرها من توابع السكنى
انما يملكه المستاجر من حيث انها من متممات السكنى فسواء صرح بالسكنى او لم يصرح
ينبغي ان يملكه لانه من متممات السكنى في الحالين فما ذكر في الشاهان من قوله
لو نص هكذا لا يعمل فيه غير السكنى ان اراد انه لا يكون له غير السكنى مما هو من متممات
السكنى فممنوع بل السكنى لو ذكر مطلقا يتناول لجميع متمماته على ما هو المذكور
في الشرح وان اراد انه لا يعمل غير السكنى من الاعمال التي ليست من توابع
السكنى فهو كما لا يملك ان يعمل ذلك في صورة التنصيص على السكنى ليس له ان يعمل
ذلك في صورة عدم التنصيص به ايضا فلا اثر فيه للتنصيص على السكنى قوله
وان لم يبين ما يعمل فيها اي وان اطلق ولم يقل استاجرت الدار للسكنى
لان العمل المتعارف فيها هو السكنى فينصرف اليه او وان لم يبين ما يعمل
فيها من كسر الحطب وغسل الثياب وصب ماء الوضوء والغسل لان المتعارف
هو السكنى مع توابعه ومكملاته فينصرف اليه قوله الا انه لا يسكن بفتح
الياء من السكنى هو المسموع وقوله حدادا حال قوله يوهن اي يضعف
قوله دلالة اذ المرء لا يرضى بضرره عادة قوله بخلاف البيع لان المقصود
منه ملك الرقبة لا الانتفاع حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان
فيه من غير ذكر الحقوق وفي هذا نوع مخالفة لما مر ذكره في اول البيوع من قوله
والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع
به بدونه هذا لفظه ففيه دلالة على ان الانتفاع ايضا مقصود في البيع
على عكس ما ذكره هنا وجوابه ان دخول المفتاح في بيع الغلق ليس باعتبار
ان الانتفاع في البيع مقصود بل باعتبار انه بمنزلة البعض غاية الامر انه
يصير بعضا من حيث انه لا ينتفع به بدونه اصلا كما لا ينتفع بالكل بدون
الجزء بخلاف الشرب والطريق فان الانتفاع بالارض ممكن بدونهما في الجملة
الا يرى ان استحقاق الشفعة يثبت بدونهما وذلك عين الانتفاع فلا يكونان
بمنزلة البعض فلا يدخلان في البيع بدون الذكر قوله ولا يصح العقد
حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها
متفاوت الخ قلت التعليل بقوله لانها تستاجر للزراعة ولغيرها لا يصلح
دليلا على قوله حتى يسمي ما يزرع فيها وانما يصلح دليلا على وجوب تعيين الزراعة
بان يقول استاجرت هذه الارض للزراعة وجوابه ان وجوب تعيين ما

يزرع فيها

يستلزم وجوب نفسها للزراعة اذ المقيد يستلزم ذكر المطلق فيكون قوله
لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها تعليلا لوجوب نفس الزراعة وقوله وما
يزرع فيها من الحبوب ونحوها **قوله** ومايزرع فيها متفاوت فلابد من التعيين
لئلا تقع المنازعة قال الشارح ولم يذكر في الكتاب فان زرع نوعا من الحبوب
ومضت المدة ماحكمه وذكر في الذخيرة والجامع الصغير لقاضي خان انه
اذا زرعها نوعا ومضت المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل وفي الاستحسان
يجب المسمى وينقلب العقد جايزا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال
وذلك لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة
والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة
كالارتفاع وقت العقد فيعود جايزا تم لفظه **قلت** كانه اراد بالكتاب
غير الهداية والا فحكم هذه المسئلة مذكور فيها في اخر باب الاجارة الفاسدة
وسياتيك ان شاء الله تعالى **قوله** فان اطلق الركوب جاز قيل المراد منه
ان يقول اجرتك هذه الدابة للركوب على ان تركب عليها من شئت لما ان
الرواية منصوصة انه لو اجر الدابة للركوب ولم يبين من يركب فالاجارة
فاسدة وقيل هذا الذي ذكره المصنف محمول على اخر الاحوال وذلك
لانه لو اطلق الركوب ولم يبين من يركب عليها فالعقد ان كان ينعقد فاسدا
لكنه اذا لم ينقض حتى ركب بنفسه او اركب غيره ينقلب جايزا استحسانا
قوله مثل ان يقول خمسة اقفزة قيل بالاقفزة لانه ذكر في المبسوط لو سمى
مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه ياخذ
من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فاما مثل كيلها من الشعير فلا ياخذ
من ظهرها اكثر مما ياخذه الحنطة ولكن ذكر في الذخيرة وهنا عدم الضمان
وقال ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال وهو الاصح
لان ضرر الشعير مثل ضرر الحنطة في حق الدابة عند استوائهما وزنا
لانه لا ياخذ من موضع الحمل من ظهر الدابة اكثر مما ياخذه الحنطة فكان
داخلا تحت الاذن وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا ذكر في الشرح
قوله فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره
فان قلت هذا اشارة الى ان الانبساط على الظهر احق على الدابة من الاجتماع
عليه وبه يشكل ما ذكرنا من رواية المبسوط انه لو سمى مقدارا من الحنطة
وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير انه يضمن وعلله بانه ياخذ من ظهر الدابة
اكثر مما ياخذ الحنطة وفيه اشارة الى ان الاجتماع على ظهرها احق عليه
من الانبساط فما وجهه **قلت** لا شك ان الاجتماع التام كاجتماع الحديد

تعليلا لتعيين ما يزرع فيها صح

والانبساط

والانبساط التام كانبساط الشعير كل واحد منهما يضر بالدابة اما الاجتماع
التام فظاهر اذ الحمل يخف على الدابة بتوزع الثقل على الظهر ويثقل
باجتماعه في موضع واحد وكذا الانبساط التام لانه يمنع من وصول
الريح الى الظهر ثم الاجتماع التام اشد عليه من الانبساط التام على ما
لا يخفى اذا تقرر هذا فنقول اذا سمى الحنطة وزنا لم يكن له ان يحمل الشعير
مثل ذلك الوزن لان الحنطة اخف على الدابة لانعدام الاجتماع التام
والانبساط التام فيه بل فيها اجتماع من وجه وانبساط من وجه واما
الشعير ففيه الانبساط التام فيكون اضر عليها فلا يحمل عليها فالانبساط
التام اخف من الاجتماع التام في الحديد فلا يكون له حمل الحديد فبهذا
ظهر ان ما ذكر في المبسوط اصح مما ذكر في الذخيرة **قوله** وان استاجرها
ليركبها فاردف معه قيد بالارداف لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره
يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق لان يركب عليها مع اخر لان
الراكب مع الذي حمل على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق عليه
اما اذا كانت لا تطيق ذلك فيجب جميع الضمان في الاحوال كلها **قوله**
رجلا اي شخصا يتمسك بنفسه على الدابة رجلا كان او صغيرا قيد به لانه
لو اردف صبيا لا يتمسك بنفسه فانه يضمن بقدر الثقل **قوله** ضمن
نصف قيمتها اي مع تمام الاجر اذا كان الهلاك بعد البلوغ الى المقصد
فان قلت ذكر في المبسوط ان الاجر مع الضمان لا يجتمعان **قلت** انما ينتفي
الاجر مع وجوب الضمان لانه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه
في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع
المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا اجر بمقابلة ذلك
ليسقط كذا في الشرح ويشكل هذا فيما اذا استاجر ارضا ليزرع فيها
حنطة فزرع رطبة ضمن ما نقص ولا اجر فهناك ينتفي الاجر باعتبار وجوب
الضمان مع ان المستاجر لا يستفيد بهذا الضمان ملكا لا في النقصان
الذي ضمنه ولا في الارض المستاجرة فلو امتنع اجتماع الاجر مع الضمان
باعتبار انه يملكه بالضمان لكان ينبغي ان يجب الاجر في هذه المسئلة
لانه لا يدخل في ملكه بضمان النقصان شيء وقد يقال معنى قولنا ان الاجر
والضمان لا يجتمعان ان العمل الذي يجب الضمان على المستاجر به لا يجب الاجر
عليه بمقابلته لان الاجر لا يجب الا بمقابلة عمل يستحق بالاجارة والضمان
لا يجب الا بعمل لا يتناوله العقد فاستحال ان يجب الاجر بمقابلة عمل يجب
الضمان به لاستحالة ان يكون المستاجر ماذونا في العمل الواحد وغير ماذون فيه

وفي مسئلة الكتاب يجب الضمان بمقابلة عمل لم يدخل تحت العقد وهو الارداف
والاجر يجب بمقابلة ما دخل تحته وهو ركوبه واما في مسئلة استيجار الارض
فالضمان يجب بما لم يدخل تحت العقد فاستحال ان يجب الاجر بمقابلة
والعمل الذي تناوله العقد لم يوجد حتى يجب الاجر بمقابلته وهذا ايضا
محل نظر لما عرف ان الاجر فيما اذا استاجر ارضا للزراعة يجب بالتسليم
الى المدة المضروبة ولا يتوقف وجوبه على الزراعة بالفعل ولهذا لو لم يزرع
فيه اصلا لوجب الاجر ايضا وقد وجد التسليم الموجب للاجر هنا وايضا
لو استاجر عبدا للخدمة فسافر بها فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا
بالاخراج ولا اجر له وان رده الى مولاه سالما لان الاجر مع الضمان
لا يجتمعان هكذا علل الشارح نقلا عن المبسوط في باب اجارة العبد
فهناك لا يجتمع الاجر مع الضمان مع ان الاجر هناك لو وجب بمقابلة
ما لا ضمان به اذ الاجر بمقابلة الخدمة والضمان بالمسافرة **قوله**
لان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن **وفيه نظر** لما عرفت
انه اذا اردف صبيا لا يتمسك على الراحلة او وضع متاعا فعطبت يضمن
بقدر الثقل فلو لم يمكن معرفة الوزن في الادمي كيف يتوزع الضمان
على ثقله وثقل الصبي او المتاع والتوزيع على ثقل الراكب وثقل الصبي
او المتاع لا يمكن الا بعد معرفة ثقل الراكب بالوزن وكذا لو لم يكن الادمي
موزونا باعتبار انه يثقل نفسه مرة ويخففها اخرى كيف يعرف ثقل الصبي
الذي لا يتمسك على الراحلة حتى يجب الضمان بقدره **قوله** ضمن ما زاد
الثقل هذا فيما اذا حمل عليها احد عشر مختوما مثلا دفعة واحدة والشرط
عشرة اما اذا حمل عليها عشرة مخاتيم ثم حمل عليها مختوما فعطبت يضمن
قيمتها بتمامها كما في المسئلة الطحن وهي ما اذا استاجر ثورا ليطحن به عشرة
مخاتيم فطحن احد عشر مختوما فانه يضمن جميع قيمته وكما في مسئلة السفينة
وهي ما اذا استاجر سفينة ليحمل عليها مائة من فحمل عليها اكثر منه يضمن
جميع قيمتها وذلك لان الهلاك في هذه الصورة يضاف الى آخر اجزاء العلة
وجودا وهو في ذلك متعد من كل وجه وفيما اذا حمل الزيادة مع المزيد عليه
دفعة واحدة يضاف الى الكل فانقسم على المأذون وغيره **قوله** لعدم
الاذن فيها اصلا اي لا في الزيادة ولا في المزيد عليه لان الاذن في المزيد
عليه مقيد بشرط ان لا يحمل عليه ما لا يطيقه الدابة بحكم العرف فاذا
فات الشرط ظهر انه لم يكن مأذونا في شيء اذ الراضي بالشيء مع شرط
لا يكون راضيا دونه **قوله** والفرق ان المودع مأمور بالحفظ الى آخره

فان قلت

ع اي ضمن حصة ازدياد الثقل فكلمة ما مصدرية وزاد لازم بمعنى ازداد والثقل فاعل زاد

المختوم الصاع عن عبيد ويشهد له حديث الخدري الوسق ستون مختوما

المختوم سدس القفيز والقفيز عشر الجرب والمختوم الصاع بعينه والجمع المخاتيم كذا ذكر في المغرب

فان قلت لو استاجرت امرأة ثوبا لتلبسه اياما فلبست بالليل ضمنت ثم اذا
جاء النهار برئت وذلك براءة المستاجر عن الضمان بالرجوع الى الوفاق
قلنا وجوب الضمان عليها بالاستعمال دون اليد فان لها ان تمسكه بالليل
والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار وههنا
وجوب الضمان بامساك الدابة بعد المجاوزة بدليل انه لو لم يركبها حتى هلكت
ضمن والامساك باق بعد العود الى الحيرة فلا يبرأ الا بسبب مبرئ وهو
الرد الى يد قائمة مقام يد المالك ولم يوجد كذا في الشرح نقلا عن الامام
المحبوبي رح **وفيه بحث** اما اولا فلان الموجب للضمان هو الامساك
الذي لا يقابله عوض وبعد العود الى الحيرة لم يبق ذلك الامساك بل هو
الامساك يجب الاجر بمقابلته وذلك غير موجب للضمان فلا فرق بين المسئلتين
واما ثانيا فلانها قد صارت غاصبة بالاستعمال والغاصب لا يبرأ
عن الضمان الا بالرد الى يد المالك او نائبه وحيث برئت بالنهار علم ان
المستاجر يبرأ عن الضمان بالرجوع الى الوفاق وما ذكر من ان الاستعمال
لا يبقى قلنا نعم ولكن الضمان الذي لحقها بالاستعمال لا يسقط الا بالرد
الى المالك فالظاهر ان البراءة من الضمان بمجيء النهار ممنوع عند من ذهب
بالفرق بين المودع والمستاجر انما هو جواب من لا يفرق بينهما واما ثالثا
فلما عرف ان ذكر الايام بلفظ الجمع يتناول ما بازائها من الليالي وبالعكس
فمتى استاجرت الثوب لتلبسه اياما وجب ان يكون لها ان تلبسه في الليل
ايضا اذ الايام تتناول ما بازائها من الليالي فينبغي ان لا تضمن اذا لبسته
بالليل والله اعلم اللهم الا ان يقال انما لا يتناول الايام هنا ما بازائها
من الليالي باعتبار ان المتعارف انما هو لبس الثوب في الايام دون الليالي
بل المعتاد في الليالي نزع الثياب **قوله** اذ لا فائدة في التقييد بغيره
اي بغير السرج الذي سرجه وهو الذي عين المالك فيكون قوله في التقييد
بعينه وقوله في التقييد بغيره بمعنى واحد الا انه لو قال بعينه كان الضمير
راجعا الى السرج الذي اكترى به وفي قوله بغيره عائدا الى الذي سرجه
والمقصود واحد والشارح جعل الضمير في قوله بغيره للسرج الذي
اكترى به وتكلف فقال لا فائدة في القول بان هذا مقيد بان لا يسرج
بغير هذا السرج الذي عينه صاحب الدابة اذا كان غير السرج يماثله
ثم قال وكان الاولى ان يقال في التقييد بعينه اي بعين السرج الذي عينه
المالك كما قال المحبوبي رح **قوله** وان اوكف باكاف يوكف بمثله الحمر
اي كل القيمة عند الهلاك عند ابي حنيفة رض وقالا لا يضمن بحسابه في الثقل والخفة

وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه حتى اذا كان السرج بوزن منوين
والاكاف بوزن ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها **قوله** وكذا ينبسط احدهما
على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر وكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد
شرط الحنطة هذا التعليل يقتضي انه اذا اوكفه ونزع السرج يضمن عنده
مطلقا سواء كان ذلك الاكاف مما يوكف به الحمر او لم يوكف به وسواء
كان مساويا للسرج في الوزن او زايدا عليه فسيعرف بالتامل **قوله**
وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى **فان قلت** كيف اجتمع هنا
الضمان مع الاجر والضمان والاجر لا يجتمعان **قلت** ليس هذا جمعا بينهما
بل عمل بهما في الحالين فالضمان في حالة عدم التبليغ والاجر في حالة التبليغ
ولئن سلمنا لكن هذا الجمع لا باس به فانه ذكر الامام المحبوبي ولا يبعد
ان يضمن عند الهلاك ويلزمه الاجر عند السلامة كالعبد المحجور اذا آجر
نفسه فان تلف كان المستاجر ضامنا وان سلم يجب له الاجر هذا
مثله كذا في الشرح وقد يشكل على هذا الوجه الفرق بين هذه المسئلة
وبين ما اذا استاجر عبدا للخدمة فسافر يصير ضامنا ولا اجر عليه وان
رده الى المولى سالما وعلله الشارح نقلا عن المبسوط والذخيرة بان الاجر
والضمان لا يجتمعان حيث قال في اول باب اجارة العبد وان سافر به
فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا بالاخراج ولا اجر عليه وان رده الى مولاه
سالما لان الاجر والضمان لا يجتمعان هذا لفظه فهنا وان كان
الضمان يجب عند الهلاك والاجر يجب عند السلامة مع انه حكم بامتناع
هذا النوع من الجمع فالجواب ان الاجر لا يجتمع مع الضمان معناه والله
اعلم انه لا يجب مع ضمان المستاجر كما اذا استاجر عبدا للخدمة فسافر به او استاجر
ارضا لزراعة الحنطة فزرع فيه رطبة فانتقص به الارض وفي هذه المسئلة
المستاجر انما هو الحمال والمضمون انما هو الطعام فليس فيه اجتماع الاجر
مع ضمان المستاجر حتى يمتنع لا يقال اذا استاجر جملا ليركبه فركب
واركب معه غيره فعطبت ضمن نصف قيمته وكان عليه تمام الاجر فقد اجتمع
الاجر مع ضمان نصف المستاجر لانا نقول الاجر انما يجب فيه بمقابلة ركوب
نفسه وبالنظر اليه الدابة ليست بمضمونة عليه وانما الضمان باركاب غيره
ولا اجر بالنسبة اليه فلم يجتمع فيه الاجر مع ضمان المستاجر لان ضمانه عدم
بالنسبة الى ما يجب به الاجر ويمكن ان يجاب ايضا بانه لما ارتفع الخلاف
بالتبليغ معنى انفسخ التعدي من الاصل وصار فعله كفعل مأذون غير موجب
للضمان كما ان العبد المحجور لما فرغ من العمل الذي آجر نفسه لذلك العمل صار كما

انه آجر باذن المولى وبطل ضمانه من الاصل فلم يجتمع الاجر مع الضمان بخلاف ما
اذا سافر بالعبد المستاجر للخدمة اذ المسافرة لا يصير مأذونا بعد الرد
الى المالك سالما ايضا **قوله** ولا اجر له لانه غاصب فلا بد من ايجاب
ضمان نقصان الارض عليه والاجر مع الضمان لا يجتمعان كذا في الشرح
وفي الشاهان انه غاصب والاجر مع الضمان لا يجتمعان تم لفظه وقد يشكل
بان عدم وجوب الاجر لو كان باعتبار انه يضمن ما انتقص من الارض
لكان ينبغي ان يسقط الاجر بقدر المضمون فقط وذلك لما مر في الشرح
ان الاجر انما لا يجب مع الضمان لانه يملكه بالضمان والاجر لا يجب عليه
في ملكه ولا يخفى ان غير المضمون لا يدخل في ملكه بالضمان فيجب ان يتقيد
عدم وجوب الاجر بالمضمون وقوله لا اجر له يدل على انتفائه مطلقا وقد يعلل
بانه لم يوجد هنا عمل يقابله الاجر وهو زراعة الحنطة وما وجد منه وهو
زراعة الرطبة فلا يقابله الاجر لانه لم يتناوله عقد الاجارة وهذا ايضا
منظور فيه لما ذكرنا ان الاجر انما يجب بتسليم الارض ولا يتوقف وجوبه
على فعل الزراعة حتى انه لو اهمل الارض ولم يزرع فيها اصلا يجب الاجر ايضا
وقد وجد التسليم الموجب للاجر فلا يضره فوات الزراعة فعلم ان المانع
من ايجاب الاجر انما هو زراعة الرطبة لا عدم زراعة الحنطة ثم التعليل
بقوله لانه غاصب لا يوافق مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه اذ العقار لا يضمن
بالغصب عنده انما يضمن بالاتلاف فالاولى ان يعلل بقوله لانه اتلفه بفعله
فيضمنه اذ العقار يضمن بالاتلاف اتفاقا

باب الاجارة الفاسدة

قوله الا يرى انه عقد يقال ويفسخ **قلت** كونه مما يقال
ويفسخ لا يوجب ان يكون بمنزلة البيع في الفساد بالشروط الفاسدة
الا يرى ان الهبة عقد يحتمل الفسخ مع انها لا تبطل بالشروط الفاسدة
فلا بد وان يزاد هنا قيد اخر بان يقال عقد معاوضة يقال ويفسخ وكان
قوله عقد معاوضة احترازا عن ساير التبرعات وقوله يقال ويفسخ احترازا
عن النكاح **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به
المسمى اي الواجب فيه الاقل من اجر المثل ومن المسمى هنا قيود لا بد من ذكرها
احدها ان هذا اذا لم يكن فساد الاجارة للنظر اما اذا كان للنظر فيجب فيه
بعد العمل المسمى وذلك كاستجارة الابن اباه للخدمة فانه فاسد مع انه اذا
عمل يستحق المسمى وذلك لان الفساد للنظر حتى لا يلحق الاب ذل بسبب الخدمة
ومتى فرغ من العمل فالنظر في ايجاب المسمى لان في ايجاب اجر المثل احتمال النقصان
بان كان المسمى زايدا عليه واذا حكمنا بوجوب المسمى لا ينقص عنه شيء

فكان النظر فى يجابه هكذا ذكر فى المحيط فى فصل الاستيجار للخدمة وذكر
فى موضع اخر ان اجارة العبد لنفسه بدون اذن المولى ينعقد جائزا
فى الاجرة اذا فرغ من العمل لتمحضه نفعا وهكذا يجوز ان يقال فى الاب
اذا استوجر للخدمة فلا حاجة الى زيادة قيد وثانيهما ان هذا فيما
اذا فسدت من الابتداء اما اذا فسدت فى الانتهاء فيجب اجر المثل بالغا
ما بلغ وصورته استاجر دارا سنة بعبد بعينه فسكن المستاجر الدار شهرا
وهلك العبد قبل التسليم فعليه اجر مثل الدار بحصة الشهر لان احد البدلين
هلك قبل القبض وهو عين والاخر وهو المنفعة قايم لانه يجب قيمته على المستاجر
فلا ينفسخ العقد ولكن يفسد كما فى بيع العرض فيجب اجر المثل الا انه
يجب بالغا ما بلغ حتى اذا كان اكثر من قيمة العبد يجب كله بخلاف ما اذا
فسدت من الابتداء والفرق ان المنافع انما تتقوم بالعقد وفى مسئلتنا
الاستيفاء فى الشهر حصل بحكم عقد جائز من كل وجه وانما فسد من
فصار المستوفى متقوما من كل وجه فصار ملحقا بالعين ومتى وجب
رد العين بسبب الفساد وتعذر رده عليه يجب قيمته بالغا ما بلغت
فاما اذا كان فاسدا من الابتداء فالعقد وجد من وجه دون وجه
فيثبت التقوم بقدر المسمى لا فيما زاد عليه وثالثها انه انما يجب اجر المثل
فى الفاسدة اذا استوفى المنافع بتسليم من الموجر اما اذا لم يوجد التسليم
من الموجر لا يجب الاجر بيانه رجل اشترى من اخر عبدا فلم يقبض حتى اجره
من البايع شهرا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة لتمليك المنفعة
والمنفعة تابع للعين وبيع العين قبل القبض من البايع باطل فكذا تمليك
المنافع فان استعمله البايع بحكم الاجارة لا يلزمه الاجر لان التسليم الى المستاجر
من الموجر لم يوجد ورابعها ما ذكر الشارح نقلا عن الذخيرة وغيرها هذا
فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا
ما بلغ ولكنه منقوض بما اذا قال ان خطت هذا الثوب اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم اذ العقد فاسد فى الغد عند ابى حنيفة رح
لجهالة المسمى لان ذكر اليوم للتعجيل والغد للاضافة فيجتمع فى الغد تسميتان
كانه قال بدرهم او بنصف درهم على ما يجئ مع انه لا يجب هناك اجر المثل
بالغا ما بلغ بل لا يجاوز به نصف درهم فى رواية ولا يزاد على درهم ولا
ينقص من نصف درهم فى اخرى فكانه اراد الجهالة المطلقة التى هى جهالة
من كل وجه نحو ان يستاجر على شئ وفى مسئلة الخياطة الاجرة معلومة من وجه

حيث

حيث علم انه ليس باقل من نصف درهم ولا اكثر من درهم وخامسها انه انما
لا يجاوز به المسمى اذا رضى الاجر بالمسمى وحده اما اذا لم يرض وحده يجب اجر
المثل بالغا ما بلغ بيانه حانوت احترق واستاجره رجل كل شهر بخمسة دراهم
على ان يعمره على ان يحسب بنفقته فعمره فهذه الاجارة فاسدة لانه فى معنى
استيجار المستاجر بالقيام على العمارة وكان ادخال صفقة فى صفقة
ولان شرط العمارة على المستاجر يخالف قضية الشرع لان اصلاح الملك
على المالك فيوجب الفساد فان سكن المستاجر الحانوت يجب اجر المثل
بالغا ما بلغ لان الاجر لم يرض بالمسمى وحده وللمستاجر النفقة التى
انفقها فى العمارة واجر مثله فى قيامه على العمارة لانه فى معنى استيجاره على العمارة
الا انه فاسد ولكن المنافع تتقوم بالعقد الفاسد قوله ويعتبر فيه
ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة اى يعتبر فى الاجارة الفاسدة ما يعتبر بدلا
فى الصحيحة وفى الصحيحة يبلغ الى المسمى لا غير ولا يجاوز عن المسمى فكذا
فى الفاسدة لا يجاوز عنه كذا فى الشرح ففيه اشارة الى ان المراد
بقوله ما يجعل بدلا فى الصحيح عادة هو المسمى وذكر فى الحاشية وهو المذكور
فى الكافى ان المراد به اجر المثل وهو اوضح لان قوله ولكنهما اذا اتفقا
على مقدار فى الفاسدة فقد اسقطا الزيادة يدل عليه ولان المجعول بدلا
فى الصحيح عادة انما هو اجر المثل وهو القيمة دون المسمى اذ لا معنى لجعل بدلا
فى الصحيح سوى التسمية فيه فيؤل الى قوله فيصير ما يسمى بدلا فى الصحيح وهو
المسمى ولا معنى له فبالضرورة يراد بما يجعل بدلا فى الصحيح اجر المثل وايضا
قوله عادة يابى ان يفسر ما يعتبر بالمسمى اذ المراد ما يعتبر بدلا فى الصحيح فى الاعم
والاغلب ولو فسر بالمسمى لزم ان يكون المسمى بدلا فى الاغلب وليس كذلك بل المسمى
بدل فى الصحيح فى جميع الاوقات بخلاف اجر المثل فانه يجعل بدلا غالبا
وقد يجعل بدلا غيره ايضا لكنه نادر قوله لفساد التسمية فان قلت اليس
فساد التسمية فيما اذا كان المسمى اقل من اجر المثل مع ذلك يعتبر التسمية لنفى
الزيادة قلت التسمية الفاسدة موجودة من وجه دون وجه والمنافع ايضا
متقومة بالمثل من وجه دون وجه فاعتبرنا التسمية باهدار المثل فيما اذا
كان المسمى اقل من اجر المثل واهدرناها باعتبار المثل فيما اذا كان اجر المثل
اقل من المسمى عملا باعتبارين فى كل من التسمية واجر المثل بخلاف الاعيان
فانها متقومة بالمثل من كل وجه فلا يمكن اهدار المثل الذى هو موجود من كل وجه
باعتبار التسمية الفاسدة التى هى موجودة من وجه دون وجه وانما لم يعكس
اخذا بالمتيقن فى كل من الوجهين اذ الاقل متيقن قوله فاسد فى بقية الشهور

بجهالة المدة وقال بعضهم جايز فى الشهر الثانى والثالث كما جازت فى الاول
وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير **قوله** ينصرف الى الواحد
لتعذر العمل بالعموم وقد يشكل بانه اذا انصرف الى الواحد لزم ان لا ينعقد
فى الباقى اصلا كما لو صرح بالواحد والمسئلة بخلافه فان العقد ينعقد
فى الشهر الثانى والثالث وغيرهما لكن على صفة الفساد وجوابه انه
لا معنى لانصرافه الى الواحد ان الواحد يصير مرادا منه بل معناه انه يعمل
بموجبه فى الواحد لا فيما وراءه ثم اذا انقضى الواحد يعمل بموجبه فى الثانى
لانه مثل الاول فى كونه معلوما وهلم جرا ثم قوله لتعذر العمل بالعموم
يشير الى انه لو امكن العمل به بان لا يكون ذلك مفضيا الى المنازعة يجب
العمل به كما لو قال كل امرأة اتزوجها فهى طالق او كل عبد اشتريه فهو حر
فانه ينصرف الى كل امرأة يتزوجها والى كل عبد يشتريه **فان قلت**
ما وجه الفرق لابى يوسف ومحمد رح بين مسئلة الاجارة وبين ما اذا
صبرة كل قفيز بدرهم او اشترى قطيع غنم كل شاة بدرهم فانه يصح العقد
عندهما فى الكل وفى مسئلة الاجارة يصح فى الواحد ويفسد فى الباقى
قلت وجه ذلك هو ان الاصل عندهما ان كلمة كل اذا دخل على ما لم يعلم
منتهاه ينظر ان كان منتهاه معلوما بالاشارة كما فى مسئلة القطيع والصبرة
يصح العقد فى الكل ولا ينصرف الى الواحد ويبطل فى الباقى كما فى مسئلة
الاجارة فان فيه لا يعلم بالاشارة فينصرف الى الواحد **قوله** لانه تم
العقد بتراضيهما بالسكنى فى الشهر الثانى وقد يقال فساد هذا العقد
فى الشهر الثانى لم يكن باعتبار عدم التراضى حتى ينقلب جايزا بتراضيهما
بل فساده باعتبار الجهالة فتراضيهما لا يؤثر فى الصحة اصلا ما لم يرتفع
تلك الجهالة فالتعليل بقوله لانه تم العقد بتراضيهما ليس كما ينبغى فالاولى
ان يعلل بان العقد لما بقى بتراضيهما وعدم فسخهما اياه وقد ارتفعت
الجهالة لان الشهر الثانى معلوم كالاول لا جرم حكمنا بصحة العقد وانقلابه
جايزا وكان هذا هو مقصود المصنف رح كانه اراد ان العقد قد تم
بتراضيهما ولا مانع وهو الجهالة اذ الشهر الثانى معلوم **قوله** بخلاف الصوم
لان الليالى ليست بمحل له ففات الاتصال الموجب للترجيح فبطل الترجيح
توضيحه ان المرجح لتعين ما اتصل باليمين انما هو الاتصال وانه فايت
فى الصوم لوجوب الفصل بين اليمين والصيام التى حلف عليها بالليالى **قوله**
ولانه متى تم الاول بالايام ابتدئ الثانى بالايام ضرورة **فان قلت** نعم
ولكن اذا كان اتمام الاول باتمام الشهر الثانى ضروريا ولا ضرورة فيه

لجواز اتمامه بايام الشهر الاخير اجيب بان اتمام الاول بايام الاخير متعذر
اذ الاول اسم للفرد السابق ولا يتحقق السبق الا باتمامه بالشهر الثانى
فان قلت هذا انما يتاتى فيما اذا الاول والثانى اما
اذا قال اجرتك ستة اشهر مثلا فيمكن اتمام واحد منها بالايام والباقى بالاهلة
اجيب بان قولنا ستة اشهر ايضا فى معنى الاول والثانى والثالث والرابع
والخامس والسادس ولهذا له ان يطالب باجر كل شهر وكان كل شهر
مقصودا بالذكر ولا يمكن وصف ذكره الا بوصف الاولية والثانوية
الى اذ هو المعرف له وفيه نظر اذ لا حاجة الى اعتبار هذه الاوصاف
لامكان ان يعتبر كل شهر من هذه الستة التى شروعها من وقت الاجارة
غير ان اعتبار بعضها بالايام وتكميلها بالاخير وهو السابع مثلا وبعضها
بالاهلة كما هو الحقيقة فالاولى فى الجواب ان اتمام الشهر الذى وقع العقد
فى اثنائه بايام الشهر المتصل به واجب اذ لو تم بايام الاخير لوجب تاخير اجره
الى ان يمضى من الاخير مقدار ما مضى من الاول قبل العقد وفيه ضرر بين
للموجر سيما اذا كان النقصان بيوم او ساعة ولما وجب اتمام ما وقع فيه العقد
بايام الشهر المتصل وجب اعتبار غيره بالايام ايضا اذ الاجارة عقود متجددة
فيصير كانه جدد العقد بعد تمام الاول ببعض ايامه فيكون العقد الثانى فى اثناء
الشهر فيجب تكميله بالايام ضرورة ثم فثم والله اعلم **قوله** ونظيره العدة اى
من حيث الاعتبار بالاشهر اما اذا كان الطلاق واقعا فى خلال الشهر فيعتبر
العدة بالايام هناك بالاتفاق لانه ذكره فى المبسوط فى الاجارات قد ذكر
فى كتاب الطلاق فى العدة انما يعتبر بالايام فعلى قول ابى حنيفة رح واحدى الروايتين
عن ابى يوسف رح لا حاجة الى الفرق وعلى قول محمد رح واحدى الروايتين
عن ابى يوسف الفرق بان الاجارة عقود متفرقة فاذا اهل الهلال
تجدد العقد عند ذلك فيجعل كانهما جددا العقد ولا يوجد مثل ذلك
فى العدة لان الكل فى حكم شئ واحد فيعتبر كلها بالايام كذا فى الشرح **قلت**
ذكر المصنف فى فصل الطلاق ما يدل على الاختلاف فى العدة ايضا حيث
قال ثم ان كان الطلاق فى اول الشهر يعتبر بالاهلة وان كان فى وسطه يعتبر
بالايام فى حق التفريق وفى العدة كذلك عند ابى حنيفة وعندهما يكمل الاول
بالاخر والمتوسطان بالاهلة هذا لفظه فهذا يدل على ان المعتبر فى العدة هو
الايام عنده والاشهر عندهما اذا وقع الطلاق فى اثناء الشهر كما فى الاجارة
ولو سلم ان فى العدة اتفاقا كما هو المفهوم من المبسوط فالظاهر ان هذا قياس
ابى حنيفة رض على العدة اى يعتبر الكل بالايام كما فى العدة فانه يعتبر فيها بالايام

اذا وقع الطلاق فی اثناء الشهر فعلی هذا یکون التشبیه فی حق الاعتبار
بالایام ایضا ای ونظیره العدة فی اعتبار الایام والشارح جعل التشبیه
فی حق الاعتبار بالاشهر حیث قال ای من حیث الاعتبار بالاشهر الا
ان یقال فی تقریر ما فی الشرح ان العدة مقدرة بالاشهر ثم اذا وقع
الطلاق فی اثناء الشهر یعتبر الاشهر بالایام دون الاهلة بالاتفاق
فکذا فی الاجارة فیکون التشبیه فی حق الاعتبار بالایام عند تعذر الاعتبار
بالاهلة وهذا هو مقصود الشارح وان کان لفظه لاینقاد ذلك
قوله وقد مر فی الطلاق قال الشارح هذه الحوالة غیر رایجة فان مثل
هذا الاختلاف لم یمر فی الطلاق وما یتعلق به **قلت** بل قد مر حیث قال
فی اول کتاب الطلاق وان کان ای الطلاق فی وسطه فبالایام فی حق
التفریق وفی العدة کذلك عند ابی حنیفة وعندهما یکمل الاول بالاخیر
ولو سلم فلیس معنی قوله وقد مر فی الطلاق انه مر مثل هذا الاختلاف
فی الطلاق کیف والاختلاف فی العدة اذ المعتبر فیها هو الایام عند الکل
علی ما ذکر الشارح من المبسوط بل معناه وقد مرت مسئلة العدة فی الطلاق
وهذا الحکم اعنی اعتبار العدة بالایام عند الکل اذا وقع الطلاق فی اثناء
الشهر ان لم یسبق ذکره فی الکتاب فیحتمل انه ذکره فی غیره وقد وقع مثل هذه
الحوالة من المصنف رح فی غیر موضع فعلیك بالتصفح **قوله** ولنا قوله
علیه السلام اقرأوا القران ولا تاکلوا به قیل هذا الحدیث محمول علی التوسل
به الی السؤال والتکدی کما روی عن عمران بن الحصین رضی الله عنه
انه مر علی قاص یقرأ ثم یسال فاسترجع ثم قال سمعت رسول الله علیه السلام
یقول من قرأ القران فلیسأل الله به فانه سیجیء اقوام یقرأون القران
یسألون به الناس وانما حملناه علی ذلك لئلا یرد النقض بالحدیث المخرج
فی الصحیحین وغیرهما ان احق ما اخذتم علیه اجرا کتاب الله تعالی **قلت**
قوله لا تاکلوا به صریح فی حرمة الاکل بالقران سواء کان بوسیلة التکدی
او الاستیجار وقوله ان احق ما اخذتم علیه اجرا کتاب الله یحتمل ان یکون
الاجر فیه بمعنی الثواب الاخروی کما فی قوله علیه السلام اجرك علی قدر تعبك
فلا یترك به الحدیث الاول علی ان ترجیح المحرم علی المبیح اصل ممهد فی الشرع
قوله ولان التعلیم مما لا یقدر علیه الخ **قلت** فحینئذ یجب ان لا یجوز الاستیجار
علی تعلیم التوریة ایضا وانه جایز ولان الافهام ان لم یکن فی وسعه
فالقراءة بین یدیه مما یقدر هو علیه فلیصح اخذ الاجر بمقابلة ما یقدر الا
ان یکون التعلیل علی التردید یعنی لو جاز الاستیجار فلا یخلو اما ان یکون

استیجارا علی القراءة او الافهام لا وجه للاول لانه عبادة ولا للثانی
لانه غیر مقدور **قوله** ولابی حنیفة رض انه اجر ما لا یقدر علی تسلیمه فلا یجوز
کالواجر الابق وهذا لان تسلیم المشاع وحده لا یتصور اذ التسلیم فعل حسی
لا یتصور وروده الا علی جزء معین ولئن قال یمکن التسلیم بالتخلیة ورفع
الموانع من القبض کما فی البیع فان بیع المشاع جایز وتسلیمه بالتخلیة حتی
لو خلی بینه وبین المشتری یصیر قابضا ویدخل المشتری فی ضمانه حتی جاز
بیعه وهبته **قلنا** التخلیة انما اعتبر تسلیما لکونه ممکنا من القبض ولا یمکن
من قبض المشاع فی الاجارة بخلاف البیع وهذا لان المعتبر هو القدرة علی تسلیم
المعقود علیه والمعقود علیه فی البیع عین المشاع وتسلیمه بالتخلیة ممکن
لانه بتخلیة کل الدار تمکن المشتری من قبض المشاع فی ضمن الکل والمعقود
علیه فی الاجارة هو المنفعة الی انقضاء المدة والتمکن من استیفائها لا یحصل
بتخلیة کل الدار لانه لو تمکن من استیفاء منفعة المشاع لتمکن فی ضمن الکل
والعقد لم یرد علی الکل حتی یستوفی جمیع المنافع الی انقضاء المدة فتعذر تسلیم
المعقود علیه بخلاف الاجارة من الشریك لانه یتمکن من استیفاء منفعة
المشاع فی المدة فی ضمن الکل فیحصل التسلیم الیه برفع یده عن نصیبه وهذا
معنی قوله اذا اجر من شریکه فالکل یحدث علی ملکه یعنی ان الشریك یتمکن
من الانتفاع بالمشاع لانه ینتفع بالکل وفیه انتفاع بالمشاع غیر انه ینتفع
بالبعض بحکم الملك وفی البعض بالاجارة والاختلاف فی النسبة لا یضر
قوله علی انه لا یصح فی روایة الحسن عن ابی حنیفة رض لان استیفاء المنفعة التی
تناولها العقد لا یتاتی الا بغیرها وهو منفعة نصیبه وذلك مفسد للعقد
کمن استاجر احد زوجی المقراض لمنفعة قرض الثیاب فانه لا یجوز لان الانتفاع
به لا یمکن الا بما لم یتناوله العقد والفرق علی ظاهر الروایة بین استیجار
المشاع من الشریك وبین استیجار احد زوجی المقراض لمنفعة قرض الثیاب
هو ان للمشاع منفعة حتی یجب اجر المثل فی استیجاره غیر انه لا یمکن الانتفاع
به الا فی ضمن الکل وبان لا یمکن استیفاء المعقود علیه الا بغیره لا یمنع صحة
العقد کبیع الدهن فان استیفاءه لا یمکن الا بالوعاء ثم لا یمتنع به صحة العقد
کذا هذا اما احد زوجی المقراض فلا منفعة له اصلا الا بضم غیره الیه
مع القطع عن ذلك الغیر لا یصح استیجاره **قوله** لان القدرة علی التسلیم لیس
بشرط للبقاء وقد یقال وجب ان یکون شرطا له ایضا لان الاجارة عقود
متجددة فهی کالعقد المتجدد فی کل وقت **قوله** ثم الشیوع بتفرق الملك
فیما بینهما طار **فان قیل** قد مر فی کتاب الهبة انه لو وهب واحد من اثنین

لايجوز عند ابى حنيفة رضى الله عنه وعلله المصنف بقوله لان الملك يثبت
لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار
يتحقق الشيوع هذا لفظه وبه يظهر ان التفرق فى الملك تفرق فى التمليك
وبالتفرق فيه يتحقق الشيوع فعلى هذا الاعتبار يكون الاجارة من اثنين
اجارة النصف من كل واحد فيتحقق الشيوع المفسد للاجارة **قلت**
سلمنا ان الملك اذا ثبت متفرقا يعتبر التفرق فى التمليك ايضا الا انه
فى المعاوضات لايمكن اعتبار التفرق فى التمليك لما فيه من الاضرار
بالبايع او الموجر فربما يكون الغرض بيع الكل واجارته بصفقة واحدة
ليتوسل الى الثمن او الاجرة بمرة فلو جعلنا العقد متفرقا لاضررناه
وتوضيحه ان التمليك من اثنين متحد بالنظر الى السبب متفرق بالنظر
الى الحكم فاعتبرنا جانب الاتحاد فى المعاوضات وجانب التفرق
فى التبرعات ولم نعكس لجريان العادة بضم الجيد مع الردى فى المعاوضات
دون التبرعات **قوله** بمنزلة الصبغ فى الثوب اى اذا استاجر صباغا
لصبغ ثوبه فان العقد هناك يقع على عمل الصبغ لا على عين الصبغ كذا
فى الحاشية وقد يشكل بان العقد لو كان واقعا على العمل مقصودا
وكان الصبغ يستحق تبعا لكان ينبغى ان لايصح للصباغ حبس الثوب
للاجرة كما لو لم يكن للعمل اثر فى العين لان المعقود عليه هو العمل والعين
يستحق تبعا والتبع لايقابله شئ من البدل حتى يحبس لاستيفاء البدل
ثم المصنف رحمه الله قد ذكر فيما قبل ما يخالف المذكور ههنا حيث قال وكل صانع
لعمله اثر فى العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجر
لان المعقود عليه وصف فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع
وكل صانع ليس لعمله اثر فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس
هذا لفظه فهذا يدل على ان المعقود عليه هو الوصف القايم بالعين لا العمل
نفسه **قوله** انما يصير دينا فى الذمة اذا صار مبيعا عند الاجل كما فى السلم
يعنى وان استاجرها بثياب يشترط فيه جميع شرايط السلم من بيان الاجل
وبيان القدر والجنس لان وجوب الثياب دينا فى الذمة عرف شرعا على خلاف
القياس والشرع انما ورد بطريق السلم فيشترط جميع شرايط السلم كذا
فى الكافى وفيه اشارة الى ان المنفعة التى تستحق بعقد الاجارة تصلح راس مال
السلم وانه مشكل لان المنفعة فى حكم الدين حتى لايجوز اجارة السكنى بالسكنى
لانه دين بدين وقد مر ان الدين لايصلح مال السلم حتى لو اسلم بما له على المسلم
اليه كان السلم باطلا **قوله** لانه ما مر جزء الاجر وهو عامل لنفسه فلا يتحقق

تسليم

تسليم المعقود عليه **فان قلت** هو عامل للمستاجر ايضا **قلنا** نعم ولكن وقوع
العمل للمستاجر باعتبار رجوع المنفعة اليه يوجب التسليم اليه ووقوعه
للموجر لرجوع منفعته اليه يمنع التسليم فلا يتحقق التسليم بالمعارضة
فلا يستحق الاجر نعم يشكل قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف
طعامه بالنصف الاخر حيث لايجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر فى الحال
بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما
لايجب الاجر **قلت** الشركة ههنا حكم الاجارة وقد سبق فى الكافى فى باب
الزكوة فى مسئلة ما اذا دفع الى فقير مائتى درهم ان غنى الفقير هنا حكم الدفع
اليه وحكم الشئ لايصلح مانعا له اذ المانع ما يسبقه لا ما يلحقه ولو كان
مانعا لما صح ايقاع الطلقات الثلث لانها تصير اجنبية وجوابه ان حكم
الشئ ان كان لايصلح مانعا له فقد يستلزم ما يمنعه وههنا ملك
الاجر بالتعجيل يستلزم الشركة والشركة تستلزم تعذر تسليم المعقود عليه
على ما بيناه وتعذر تسليم المعقود عليه مانع لعقد الاجارة **قوله** لايجاوز
قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب اقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضى
بحط الزيادة **قلت** قوله لانه رضى بحط ليس بدليل على قوله فالواجب اقل
مما سمى ومن اجر المثل لانه لايصلح دليلا على النقصان عن المسمى بل هو دليل
على قوله لايجاوز به قفيزا فهو كانه بدل من قوله لانه لما فسدت الخ **قوله**
لان المسمى غير معلوم قيمة فلعله رغب بنصف الحطب مثلا زعما منه انه
يبلغ قيمته باجر مثله فلما ظهر انه اقل منه لم يتيقن رضاه بالاقل منه ويتوسف
انه لما رضى بنصف الحطب مع علمه بان نصفه قد يكون اقل من اجر مثله فقد
رضى بالنقصان **قوله** ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم
بدرهم فهو فاسد وروى محمد عن ابى حنيفة رحمه الله انه اذا قال فى اليوم يجوز كيف
ما كان لانه بقوله فى اليوم يظهر ان مراده من ذكر المدة الاستعجال لان
فى الظرف والمظروف قد يشتغل جزأ من الظرف لا جميعه فلم يصلح ذكر
اليوم مع حرف فى لتقدير العمل به كذا فى المحيط **قوله** ويحمل ذكر الوقت
للاستعجال تصحيحا للعقد وقد يشكل بان الطعام المشترك بالنصف مثلا
نصف اجزائه لاحد الشريكين ونصفها للاخر حتى اعتبرت القسمة بينهما
معاوضة فى النصف وافرازا فى النصف لان ما يملكه احدهما نصفه كان له
من الابتداء ونصفه كان لشريكه صار له بمقابلة ما صار لشريكه مما كان له
من النصف الاخر ومتى كان بعض اجزاء المشترك لاحد الشريكين وبعضها
للاخر كان الشريك المستاجر لحمل المشترك عاملا فى النصف له وفى النصف

لشريكه فقد اتى بما استوجر لاجله مع شيء زايد فيجب ان يصح الاستيجار كما لو
استاجر لحمل متاع له فحمل متاعه مع متاع نفسه بمرة وجوابه انه وان حمل
نصف الاجزاء فقد حمله لنفسه ايضا لان حمل ماله من الاجزاء مشروط
بحمل ما لصاحبه لان ماله شايع وحمل الشايع لا يمكن الا بحمل الكل فكان عاملا
لنفسه في حمل الكل حيث حمل نصيب شريكه ليصير حاملا لنصيبه فكان
حمل الكل له ففات ركن الاجارة وهو العمل للمستاجر فكانت باطلة
والباطل لا يستحق الاجر بخلاف ما اذا استوجر لحمل متاع فحمله مع متاعه
لان حمل متاع غيره ليس بشرط لحمل متاع نفسه لامكان حمل كل متاع بدون
حمل الاخر اما حمل ماله من المشترك فلا يمكن الا بحمل ما لصاحبه منه فكان
نفع حمل الكل واقعا لنفسه اما حمل ماله فظاهر وكذا حمل ما لصاحبه
لتوقف حمل نصيبه على حمل نصيب صاحبه سلمنا انه في حمل نصيب
صاحبه عامل لصاحبه ايضا من حيث ان منفعة حمله يرجع اليه ايضا
ولكنه لا شك انه في حمله عامل لنفسه ايضا من حيث ان حمل نصيبه يتوقف
عليه فوجد ركن الاجارة من وجه دون وجه والعقد لم يكن منعقدا وقد
وقع الشك في الانعقاد فلا ينعقد بالشك بانه كما يمكن تصحيح العقد
بجعل اليوم للاستعجال يمكن تصحيحه بجعل اليوم للتاقيت وجعل قوله ليخبز
هذه المخاتيم بيانا لنوع العمل الذي يستحق على اجير الوحد في المدة فان الاجارة
في المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل الذي يستحق عليه فيها وقد مر في كتاب
الصرف ان طريق التصحيح اذا لم يتعين بطل التصحيح وجوابه ان الطريق
المذكور في الكتاب من جعل اليوم للتعجيل وايقاع العقد على العمل
دون المدة اولى لما فيه من اعتبار السابق وهو العمل اذ هو المذكور اولا
في المسئلة فكان الطريق متعينا غير متعارض **قوله** وله ان المعقود عليه
مجهول **فان قلت** ذكر في الذخيرة والمغني انه اذا جمع بين العمل والمدة وذكر
العمل اولا نحو ان يستاجر راعيا ليرعى له غنما مسماة بدرهم شهرا يعتبر
اجير مشترك واذا ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له
غنما مسماة بدرهم يعتبر اجير وحد وفي مسئلة المخاتيم ذكر العمل اولا
فينبغي ان يعتبر اجير مشترك كما في مسئلة الرعي وكما في مسئلة الظئر وهي
ما اذا قال استاجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا او قال استاجرتك
لترضعي ولدي هذا سنة بكذا فانها اجير وحد في الاول واجير مشترك
في الثاني فعلم ان ذكر العمل والوقت غير مفسد للعقد بل المعتبر منهما هو
الاول ذكرا **قلت** ذلك الاعتبار انما هو فيما اذا كان العمل مما يحتاج في تقديره

بالمدة

بالمدة كالرعي والارضاع اما اذا كان مما لا يحتاج اليه كخبز المخاتيم فلا وذلك
ان العمل المحتاج الى التقدير بالمدة اذا ذكر اولا كان العقد واقعا عليه
ثم ذكر المدة بعد ذلك يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد
ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول الكلام
بالاحتمال وذلك ان اخر الكلام انما يبطل الاول اذا كان بينهما تضاد
ولا يمكن الجمع نحو ان تجمع بين التعليق والاضافة فان المتاخر هناك يجعل
ناسخا للمتقدم لتعذر الجمع بين الاضافة والتعليق لاختلاف احكامهما
وعلى هذا قلنا لو قال ان نكحتك فانت طالق قبله بشهر فتزوجها بعد شهر
لا تطلق واذا قال انت طالق قبل ان اتزوجك بشهر اذا تزوجتك تطلق
اما اذا امكن الجمع بين اول الكلام واخره فلا بد من الجمع كما في مسئلتنا فان
ذكر المدة اخرا لا يغير حكم الاول لاحتمال ان يكون ذكرها لتقدير العمل
لا لايقاع العقد عليه فلا يتغير اول الكلام بالمحتمل الا اذا صرح
في اخر الكلام بما هو حكم اجير الوحد بان يقول على ان لا ترعى غنم غيري
واذا ذكر المدة اولا كان العقد واقعا على المدة ثم ذكر العمل بعد ذلك
يحتمل ان يكون لايقاع العقد عليه وان يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق
على الاجير في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل
فلا يتغير اول الكلام بالاحتمال واما اذا كان العمل مما لا يحتاج الى التقدير
بالمدة بان يكون معلوما بنفسه فذكر المدة بعد ذكره لا يكون الا للتاقيت
وايقاع العقد عليه والعمل ايضا صالح لايقاع العقد عليه فيصير المعقود
عليه مجهولا ثم الضابط ان العمل والوقت اذا اجتمعا فلا يخلو اما ان كان
العمل مما يصح ايراد العقد عليه بدون ذكر المدة اولا فان لم يكن فالعقد
صحيح مطلقا غير انه ان ذكر العمل اولا فهو اجير مشترك وان ذكر المدة اولا
فهو اجير وحد اعتبارا للسابق وان كان فالعمل والوقت اذا ذكرا قبل
ذكر الاجرة بان قال استاجرتك ليخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم
بدرهم او قال استاجرتك اليوم ليخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد فاسد
اما اذا ذكر احدهما من العمل والوقت وذكر الاجر معه ثم ذكر الاخر بان قال
استاجرتك اليوم بدرهم ليخبز لي هذا القفيز جاز العقد لانه لما تم العقد
بذكر المدة او العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعده اما لتعيين
العمل وللتعجيل فلم يفسد واما في الوجه الاول فقد جمع بين المدة والعمل
قبل تمام العقد بذكر الاجرة وقد صلح كل واحد منهما مقابلا بالاجرة وليس
احدهما باولى من الاخر فيفسد **فان قلت** يشكل الفرق بين مسئلة المخاتيم

وبين ما اذا قال خط هذا الثوب اليوم بدرهم فانه استيجار صحيح وذكر
اليوم للتعجيل حتى لو خاط غدا يستحق الاجر المسمى على ما صرح به الشارح
فكما جاز الاستيجار فيه بجعل اليوم للتعجيل فليجز في مسئلة المحاتيم ايضا
قلت ذكر في المحيط انه اذا افرد العقد على اليوم وقال ان خطته اليوم
فلك درهم فخاط في الغد لم يذكره محمد رحمه الله وكان ابو بكر البلخي يقول على قولهما
يستحق اجر المثل متى خاط في الغد لان ذكر اليوم عندهما للاستعجال
ولهذا صحت هذه الاجارة عندهما الا ان المستاجر شرط له الدرهم
بازاء خياطة معجلة وقد اتى بمؤجلة وهي انقص من المعجلة فكان آتيا بما
امر به لكنه خالفه في صفته فكان له ان يعطيه اجر المثل دون المسمى
حتى يدفع ضرر النقصان عن نفسه واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فلقائل ان يقول
لا اجر له متى عمل في الغد لانه يجعل ذكر اليوم للتاقيت حالة الانفراد
حتى قال بفساد هذه الاجارة لانها باعتبار التوقيت تنعقد على تسليم النفس
وباعتبار ذكر العمل تنعقد على العمل فجهل المعقود عليه فباعتبار ان يكون
العقد على العمل يجب الاجر اذا عمل في الغد وباعتبار التاقيت لا يجب
لانتهاء العقد فلا يجب بالشك فكان ان لا اختلاف في مسئلة خط هذا
الثوب اليوم بدرهم كالاختلاف في مسئلة المحاتيم فلا حاجة الى الفرق
نعم يحتاج الى الفرق بين مسئلة المحاتيم على ما ذكر وبين ما اذا قال استاجرتك
لتخبز لي هذا الدقيق على ان تفرغ منه اليوم حيث يجوز الاجارة عندهم
جميعا والفرق له ان في مسئلة الفراغ ما ذكر اليوم مقصودا بل
لبيان صفة العمل وهو الفراغ منه اليوم وصفته تبع لا يصلح مقصودا
فتعين العمل معقودا عليه فجاز فاما في المسئلة المذكورة في الكتاب اليوم
لم يذكر لاثبات صفة في العمل بل مقصودا كالعمل وقد اضيف اليهما العقد
على السواء وليس احدهما باولى فيصير المعقود عليه مجهولا **قوله** ولنا
ان الجنس بانفراده يحرم النسأ **فان قيل** انما حرم بيع الجنس نسأ لان
النقد خير من النسيئة فيتمكن في العقد معنى الفضل وهنا لا فضل بالعد
في البدلين على نمط واحد **قلنا** نعم كذلك الا ان النص اذا علل تعلق الحكم
في الفرع بعلته اما في النص بعينه فلا يراعى العلة ويتعلق بعينه وهو
انه ليس يدا بيد فان النبي عليه السلام قال اذا اختلف النوعان فبيعوا
كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فتكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص
لا بالقياس فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل لان النص لم يشر الى الفضل
كذا في الشرح وفيه شبهة لان النص المذكور ورد في اختلاف الجنس

حيث قال عليه السلام اذا اختلف النوعان والكلام في اتحاد الجنس وفيه انما
تثبت الحرمة بالقياس بعلة شبهة الفضل لا بالنص على ان النص وارد في الاموال
الربوية والمنفعة ليست منها على ما لا يخفى فلو ثبتت الحرمة فيها انما تثبت بالقياس
دون النص وسنذكر للك العذر عما يرد على الشرح في كتاب القسمة ان شاء
الله تعالى وذلك ان المراد بالنوعان في قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم النوعان المتحدان قدرا اذ النوعان المختلفان قدرا
لا يشترط في بيعهما التقابض والنص الوارد في متحدي القدر دون الجنس
وارد في متحدي الجنس دون القدر لان كلا منهما يشتمل على شطر العلة
واشتراط التقابض في متحدي القدر ليس الا لاشتماله على شطر علة
الربوا والمتحدان جنسا لا قدرا ايضا مشتمل على شطر العلة فكان التقابض
شرطا فيه ايضا وكان النص الوارد في متحدي القدر واردا في متحدي
الجنس دلالة لا قياسا فيكون الحكم في متحدي الجنس ثابتا بالنص كالحكم
في متحدي القدر الا ان الحكم في الاول بالدلالة وفي الثاني بالعبارة
والثابت بالدلالة مضاف الى النص كالثابت بالعبارة ولا يطلب
في الحكم الثابت بالنص عبارة او دلالة وجود معنى النص انما يطلب وجود
معناه فيما هو ثابت بالقياس دون النص والورود في الاموال الربوية
لا ينافي ثبوت الحكم بالدلالة في غيرها وهذا الحكم انما ثبت بالنص
في الاموال الربوية عند اختلاف الجنس لاشتمالها على احد وصفي علة
الربوا وهو القدر فيثبت هذا في متحدي الجنس من غير الاموال الربوية
كالثوبين دلالة لاشتماله على احد الوصفين ايضا والاولى في الجواب
هو ما ذكر في المبسوط والاسرار والفوائد الظهيرية ان في اجارة المنافع
بالمنافع يعتبر المنافع التي لم تصحبها حرف الباء عينا باقامة العين
مقامها لضرورة ان المعاوضة لا بد لها من معقود عليه حالة العقد
فقام محلا لمنفعته فيما لم يصحبه حرف الباء مقام المنفعة فيكون عينا
ولا ضرورة فيما صحبه حرف الباء لانه يجوز ان يكون غير عين فلا ضرورة
بنا الى اعتباره عينا فبقي غير عين حقيقة وحكما فعلى هذا التحقيق كان
اجارة سكنى الدار بسكنى دار اخرى بمنزلة بيع العين بجنسه نسأ وذلك
باطل هذا والكلام بعد محل نظر وذلك ان ما لم يصحبه حرف الباء لو كان
عينا حقيقة لكان في هذه الاجارة شبهة الفضل فلما كان عينا حكما
لا حقيقة كانت الشبهة نازلة والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها
وايضا عقد الاجارة ابتداء يرد على العين القائمة مقام المنفعة ثم ينتقل

من العين الى المنفعة حسب وجودها شيئا فشيئا حتى قالوا ان الاجارة عقود
متجددة فبالنظر الى حالة الابتداء هي مبادلة العين بالعين وبالنظر الى وقت
وجود المنفعة مبادلة المنفعة الموجودة بالموجودة واياما فليس فيها
مبادلة الجنس بالجنس مع تعين احدهما ونسأ الاخر قوله ولاحاجة عند
اتحاد الجنس لا يقال قد يتحقق الحاجة عند اتحاد الجنس كما اذا كان سكنى زيد
في قرية وله دار في قرية اخرى يسكنها عمرو ولعمرو دار في قرية يسكنها زيد
فاحتاج زيد الى ان يستاجر سكنى دار عمرو بسكنى داره في قرية يسكنها عمرو
واحتاج عمرو الى ان يستاجر سكنى دار زيد بسكنى داره في قرية يسكنها
زيد لانا نقول مثل هذه الحاجة من النوادر فاعتبرت عدما قوله ليضع
فيه الطعام ولا يمكن وضع الطعام الا في المعين كالحمل ثم الاجارة للوضع
جايز فكذا الحمل الطعام المشترك قوله ولنا الى اخره اعلم ان الحمل
في الشايع بنفسه غير متصور فلا يصلح معقودا عليه نعم يمكن حمله
في ضمن الكل ولكن امكان الحمل في ضمن الكل ايضا لا يصحح الاجارة اذ
الموجر في حمل الكل عامل لنفسه ضرورة عدم القسمة ورجوع العمل اليه
يمنع التسليم وبدون التسليم لا يستحق الاجر بخلاف اجارة الدار المشترك
من احد الشريكين لوضع الطعام اذ الوضع في الشايع ممكن في ضمن الكل كالسكنى
فكذا استيجار العبد المشترك للخياطة لامكان الخياطة من الشايع في ضمن
الكل ولا مانع من التسليم اذ العمل كله نفع للمستاجر فيستحق الاجر قوله
وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك صاحبه هذا اذا كان
العبد اجير وحد اذ المعقود عليه هناك هو المنفعة التي هي ملك صاحب
دون الخياطة اما اذا كان اجير مشترك فالعقد فيه يقع على الخياطة
دون المنفعة فالوجه الشامل هو ماذكرنا من الفرق قوله كما اذا اسقط
الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزايد في المدة قلت لا فايدة في هذا التشبيه
لان زفر رح يخالفنا في هاتين المسئلتين ايضا ولا يقول بعود البيع الى الجواز
اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزايد على ثلثة ايام قبل
مضي المدة فكانه تشبيه مجرد قصد به التوضيح لا قياس حتى يمنع الحكم
في الاصل وكلام القوم مشحون بمثل هذا النوع من التنبيه والله اعلم

باب ضمان الاجير

قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة
حتى يعمل قيل هذا تعريف بالحكم وهو فاسد لاستلزامه الدور والاولى
في تعريفه ان يقال المشترك من يكون العقد واردا على عمله والخاص من
يكون العقد واردا على منافعه المعلومة بذكر المدة او المسافة قوله والمتاع

امانة

امانة في يده المسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن عمر وعلي انهما
كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي انه كان لا يضمن
القصار والصباغ ونحوهما ولاجل اختلافهم فالمشايخ اختار المتاخرون
الفتوى بالصلح على النصف فان قلت في هذا الفتوى ترك لاقوال الصحابة
لانهم اختلفوا على قولين الضمان وعدمه فالقول بنصف الضمان قول
خارج عن القولين قلنا بل فيه عمل باقوالهم بقدر الامكان فان تضمين
النصف حط للنصف بعد وجوب الكل وابقاء لوجوب النصف كما
كان فكان فيه عمل بقول من يقول بالضمان وبقول من لم يقل به كذا
في الحاشية وهو المشار اليه في الشرح وقد يجاب بان الفتوى بالصلح
على النصف ليس باحداث للقول الثالث فانه انما يكون قولا ثالثا ان
لو حكموا بوجوب النصف ولم يقولوا بوجوب الكل ولا بعدم الوجوب
وليس كذلك بل الكل اما واجب كما هو مذهبهما او غير واجب كما هو
مذهبه وليس هنا قول غير هذين القولين الا ان المتاخرين اختاروا
النصف للصلح قطعا للمنازعة وعملا بالقولين بقدر الامكان الا يرى
ان القاضي يامرهم بالصلح ولا يقضي وان طلبوا القضاء فلو كان
ههنا قول ثالث يصح للقاضي ان يقضي ايضا قوله لان القبض حصل
باذنه يعني الموجب للضمان اما القبض بجهة المعاوضة او القبض
الغير الماذون فيه وكلاهما منتف هنا اما الاول فظاهر اذ المعاوضة
انما هي بين العمل والاجرة وكذا الثاني اذ القبض حصل باذنه قوله والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا الخ وحاصله ان الحفظ اذا استحق مقصودا
وجب عليه المبالغة في الحفظ فيضمن اذا وجد منه نوع تقصير بان هلك
بسبب يمكن الاحتراز عنه واما اذا استحق تبعا يجب عليه نفس الحفظ
دون المبالغة فيه فلا يضمن بنوع تقصير وانما يضمن اذا وجد ترك
الحفظ بالكلية اظهارا للتفرقة بين المستحق مقصودا وبين المستحق ضمنا
نعم يشكل بالوديعة اذا كانت بلا اجر فانها تضمن بترك الحفظ كما اذا
دل السارق على الوديعة فسرقها فانه يضمن باعتبار ترك الحفظ لا باعتبار
الدلالة اذ لا عبرة للسبب المحض مع امكان اضافة الحكم الى العلة فاذا
كانت السرقة من الدار والغصب من اليد تقصيرا وتركا للحفظ لزم
ان يضمن به المودع بلا اجر ايضا وجوابه ان المودع بلا اجر متبرع فلو
اخذ بضمان التقصير لامتنع الناس عن التبرع وانسد بابه وفيه حرج
بين بخلاف من يحفظ باجر لان خوف الضمان وان كان مانعا من قبول الوديعة

قطع الاجر بحملة فافترقا **قوله** ولنا ان الداخل تحت العقد هو العمل المصلح
وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا استاجر الفصاد للفصد فمات
من ذلك فانه لا يضمن فلو كان الداخل تحت العقد هو العمل المصلح وجب
ان يضمن بالسراية والفرق مذكور في الكتاب وهو ان الداخل تحت العقد
انما يتقيد بالمصلح اذا امكن التقييد به بان امكن الاحتراز عن الفساد كما
في مسئلة تخرق الثوب فان التخرق انما يكون بشيء في طي الثوب او لرقة
فيه او لحدة في الدقة وكل ذلك مما يمكن الوقوف عليه بالتامل اما السراية
فلضعف الطبيعة عن دفع اثر الجرح فلا طريق للوقوف عليه بحال فلا يمكن
التقييد بالسلامة عنها فبقي الداخل تحت العقد مطلق العمل مصلحا كان
او مفسدا ثم قد يشكل الفرق بين الاجير المشترك والجلاد من حيث ان
الجلاد لو جرحه من جلده لا يضمن في الصحيح وان كان هو ماذونا في الضرب
دون الجرح والاحتراز عن الجراحة مما في وسعه وانما لا يضمن كيلا يمتنع
الناس عن اقامة الجلد مخافة الغرامة هكذا علله المصنف رح في الحدود
والاجير المشترك يضمن ما تلف من عمله المعتاد مع لزوم المحذور المذكور
في الجلاد اذ لو ضمن الاجير بعمله المعتاد لامتنع الناس عن قبول عقد الاجارة
مخافة الغرامة وجوابه ان مخافة الغرامة وان كان مانعا فطمع الاجر
حامل فافترقا **قوله** وهو المعقود عليه حقيقة لو قال وهو المعقود عليه
اعتبارا او قال وهو المقصود بالعقد لكان اولى لما وقع التصريح به في الكتاب
في مسئلة وكل صانع لعمله اثر في العين فله ان يحبس الى ان يستوفي البدل
حيث قال ولنا ان المعقود عليه حقيقة وان كان هو العمل ولكن من حيث
الاعتبار المعقود عليه وصف في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل
هذا لفظه وهو تصريح بان المعقود عليه حقيقة هو العمل دون الاثر
والى هذا اشار المصنف رح في مسئلة استيجار الظئر حيث قال والعقد
يقع على المنافع واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ ففي قوله بمنزلة
الصبغ اشارة الى ما قلنا ان المعقود عليه هو العمل والصبغ يستحق تبعا
فقوله وهو المعقود عليه حقيقة لا يخلو عن نوع تامل فكانه اراد بالحقيقة
فيما مر الظاهر وههنا المقصود ودفع المنافرة بعد ذلك ظاهر **قوله** حتى
لو حصل بفعل الغير يجب الاجر وقد يقال وجوب الاجر بفعل الغير لا ينتهض
دليلا على كون المعقود عليه حقيقة هو الاثر لما عرف ان في صورة اطلاق
العمل المستحق هو عمل في الذمة لا في محل بعينه والمستحق في الذمة يصح ايفاؤه
بنفسه وبالاستعانة من غيره وكان استحقاق الاجر بفعل الغير باعتبار ايفاء العمل المستحق

في الذمة

في الذمة لا باعتبار ان المعقود عليه حقيقة هو الاثر نعم لو كان الاجر
يجب بفعل الغير فيما اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه لكان دليلا ولكن
المسئلة بخلافه على ما مر **قوله** ولهذا يجب على العاقلة وقد يقال ضمان الادمي
قد يجب على العاقلة وقد يقتصر على الجاني فان العاقلة لا تعقل عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ويجب الضمان في كل ذلك على الجاني فجاز ان يجب
بالعقد ويقتصر على الجاني فوجوب الضمان على العاقلة لا يصلح دليلا
على عدم الوجوب بالعقد الذي يتعذر الايجاب به على العاقلة نعم لو كان
الوجوب مقتصرا على العاقلة لكان دليلا عليه ولكن الامر بخلافه
وجوابه ان ضمان الادمي وان كان لا يقتصر على العاقلة بل ربما يجب على الجاني
ايضا فضمانه الذي يجب بالقود او السوق ومد السفينة لا يجب الا على العاقلة قلة
اتفاقا وما يجب بالعقد لا يجب عليهم فكان الضمان هنا على تقدير وجوبه
ضمان فعل لا عقد والفعل هنا لا يصلح للضمان لكونه اعانة وفيه بحث
اذ الفعل انما يكون اعانة اذا كان بالاذن والداخل تحت الاذن هنا
ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح على ما مر فغير المصلح ليس بداخل
تحت العقد فلا يكون ماذونا فيه فبقي جناية محضا فيكون الضمان بالجناية
والادمي يضمن به وبالجملة ان ما مر من قوله ان الداخل تحت الاذن ما هو
الداخل تحت العقد الخ اشارة الى ان الضمان على الاجير المشترك انما يجب
اذا اتلف العين بعمله لانه ليس بماذون في العمل المفسد فكان ضمان جناية
لا ضمان عقد كيف وانه مضمون بالعمل المفسد الذي لم يتناوله العقد فما
هو الموجب للضمان من العمل المفسد فهو غير داخل تحت العقد حتى يضاف ضمانه
الى العقد وما دخل في العقد من العمل المصلح فهو غير موجب للضمان فجعل
هذا الضمان بالعقد دون الجناية يحتاج الى مزيد تامل وجوابه ان
هذا العمل انما اعتبر مفسدا باعتبار عقد الاجارة والا فهذا النوع لم يعتبر
مفسدا في حق المتبرع مخافة امتناع الناس عن قبول هذه الامانة اما الموجر
فلا يمتنع عن هذا العمل لان طمع الاجر يحمله عليه فكان الضمان مضافا الى العقد
لولاه لم يكن مضمونا اذا تلف بعمله والادمي لا يضمن بالعقد لان ضمانه
على خلاف القياس اذ لا مماثلة بين الادمي المكرم والمال المهان لكنه
عرف الضمان بالجناية بخلاف القياس وهذا العمل وان وقع جناية لكن
باعتبار العقد لولاه لم يعتبر جناية فكان ضمانه ضمان عقد لا ضمان جناية
قوله فوقع في بعض الطريق فانكسر انما قيد ببعض الطريق لانه اذا انكسر
بعد ما انتهى الى المكان المشروط ثم هلك من جناية بين فلا ضمان عليه وله الاجر

كذا نقل عن الامام صاعد النيسابورى **قوله** ولم يتجاوز الموضع المعتاد فيه اشارة
الى انه لو تجاوز كان عليه الضمان حتى ان الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر
ان برأ فعليه كمال دية النفس وان مات فعليه نصف بدل نفسه **فان قلت**
هذا من اعجب المسائل اذ هو مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد
اثر جنايته ينتقص ضمانه والقياس يقتضى ان يزداد ضمانه اينما ازداد
اثر جنايته **قلت** انه لما برأ كان عليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود
لا ثانى له فى النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما فى قطع اللسان اما اذا مات
فقد تلف النفس بفعلين احدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر
غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة وكان ضامنا نصف بدل النفس كذا
فى الشرح **قوله** لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت
مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع وهذا لا يتاتى فيما اذا قال ابو الصغير
للظئر استاجرتك سنة لترضعى ولدى هذا بكذا فانها فى هذه الصورة
اجير وحد على ما صرح به فى الذخيرة مع ذلك امكنها العمل لغيره حتى لو اجرت
نفسها من قوم اخرين ولم يعلم بذلك اهلها الاول حتى يفسخوا الاجارة فارضعت
كل واحد وفرغت قبلها الاجر كاملا على الفريقين والله اعلم بالصواب

باب الاجارة على احد الشرطين

قوله ولو قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم
وان خاطه غدا فله اجر مثله وقد يحتاج الى الفرق بين صورة الاجارة
المذكورة وبين صورة الصلح وهى انه اذا كان عليه الف درهم فصالحه منها
على مائة درهم ان اعطاه الى شهر وان لم يعطها الى شهر فمائتى درهم وهذا
لا يجوز وان كان هذا الصلح حطا لان المحطوط مجهول وهو تسعمائة ان
اوفاه مائة الى شهر وان لم يوفه الى شهر فالمحطوط ثمانمائة وجهالة المحطوط
يمنع صحة الحط **قوله** غير انه لا بد من اشتراط الخيار فى البيع وفى الاجارة
لا يشترط لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما
وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة
الا باثبات الخيار اى خيار التعيين **فان قلت** ان المنازعة ان كانت
لا يتحقق فى تسليم الاجر بدون اشتراط خيار التعيين فهى متحققة فى تسليم
الدار فالمشترى يطالب بتسليم هذه والبايع يسلم غيرها **اجيب** بانه لما
كان المستاجر احد الدارين كان للمستاجر ان يطالب بتسليم احدهما
غير عين وذلك انما يتحقق بتسليم الدارين كتسليم المشاع لا يتحقق الا بتسليم
الكل وكذا يجب على البايع تسليم الدارين جميعا كما يجب تسليم الكل فى المشاع

ومتى

ومتى كان المستحق على الموجر تسليم الدارين لا يتحقق المنازعة فى التسليم
ولا منازعة فى تسليم الاجر ايضا لانه يجب عند استيفاء المنفعة واستيفاؤها
انما يكون من دار بعينه وعند ذلك يتعين المعقود عليه فتعين الاجر
ايضا بخلاف البيع لان الواجب فيه وان كان هو تسليم الكل لكن
لا يمكنه المطالبة بثمن الكل عند احضار الكل للتسليم لان الكل ليس
بمعقود عليه ولا يمكنه ان يطالب ايضا بثمن احدهما غير عين اما عند
تفاوت الثمنين فظاهر وكذا عند الاتحاد لان حق المشترى لم يتعين
بعد فى المبيع فلا يتعين حق البايع فى الثمن فبالضرورة يطالب بتسليم ثمن
احدهما عينا وايهما عين فللمشترى ان يخالفه ويعين غيره واما اذا اشترط
خيار التعيين لاحدهما فالمعقود عليه فى الحقيقة هو ما يتعين باختيار
من له الخيار ويكون البيع معلقا على التعيين فلا يجب الثمن قبل التعيين
فلا يفضى الى المنازعة **قوله** لا يجاوز به نصف درهم اى لا يزاد اجر المثل
على نصف درهم وينقص عنه لان المسمى فى اليوم الثانى لا يقال التسمية
الاولى باقية فى اليوم الثانى عند ابى حنيفة رح لان اعتبار المصرح اولى من غيره
والمصرح فيه هو نصف درهم لا درهم **قوله** ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت
فان قلت قد جعلا ذكر اليوم فى مسئلة المخاتيم للاستعجال فما بالهما
لم يجعلاه كذلك ههنا **قلت** هناك حملاه على المجاز تصحيحا للعقد وههنا
حملاه على الحقيقة للتصحيح ايضا **فان قلت** فى جعله للتاقيت ايضا فساد
وهو ان التاقيت يوجب ان يكون الاجير اجير وحد وذكر العمل بانه اجير مشترك
قلت يجعل اليوم للوقت ولكن لا يجعل اجير وحد فيكون الاجير مشتركا
الخياطة فى هذا اليوم مع الخياطة فى الغد بمنزلة نوعين مختلفين كالفارسى
والرومى وهذا لتصحيح التصرف ايضا كذا فى الشاهان وقد يجاب
بان الوقت والعمل متى اجتمعا يجب التصحيح عندهما اما بجعل الوقت
للتعجيل وايقاع العقد على العمل كما فى مسئلة المخاتيم فيكون اجيرا مشتركا
واما بجعل العقد واقعا على المدة وذكر العمل لبيان نوع العمل الذى
يستحق على اجير الوحد فى المدة كما فى مسئلة الخياطة غير انهما لم يصححاه هنا
بجعل الوقت للاستعجال كما فى مسئلة المخاتيم لما فيه من فساد العقد فى الغد
فتعين التصحيح بهذا الطريق **فان قلت** لم لم يصححا العقد بهذا الطريق
فى مسئلة المخاتيم **قلت** قد ذكرنا وجهه هناك فليرجع اليه فعلى هذا
التحقيق كان الاجير فى مسئلة الخياطة عندهما اجير وحد كما هو مقتضى
التوقيت ثم ما ذكر فى الشاهان لا يخلو عن نوع نظر لما ان الخياطة فى هذا اليوم

مع الخياطة في الغد انما تكونان بمنزلة نوعين مختلفين ان لو جعل ذكر
اليوم للاستعجال دون التأقيت اذ التعجيل والتأخير كل منهما مقصود
فينزل منزلة اختلاف النوعين على ما ذكر المصنف رح في التعليل الثاني
اما لو جعل الوقت للتأقيت فح لا يكون التعجيل مقصودا حتى يجعل
الخياطة المعجلة نوعا والمؤجلة نوعا اخر **قوله** ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت
لان فيه فساد العقد **وفيه بحث** اما اولا فلان اليوم قد حمل على التأقيت
في مسئلة المخاتيم وهي ما اذا استأجر رجلا ليخبز له هذه المخاتيم اليوم بدرهم
مع ان في حمله على التأقيت فساد العقد واما ثانيا فلان في حمله على التعجيل
دون التأقيت ايضا فساد العقد في اليوم الثاني وجوابه ان هذا
التعليل من ابي حنيفة رض كانه خرج ردا لمذهبهما على زعمهما فانهما لم يجوزا
حمل اليوم على التأقيت اذا كان فيه فساد العقد على ما عرف من مذهبهما
في مسئلة المخاتيم ثم الفرق لابي حنيفة رض بين هذه المسئلة ومسئلة
المخاتيم هو ان ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فيحمل عليه حتى يقوم الدليل
على المجاز وفي هذه المسئلة قام الدليل عليه وهو نقصان الاجر للتأخير
فصار التعجيل مرادا بهذه القرينة ولا دليل عليه في مسئلة المخاتيم فكان
التأقيت مرادا فيفسد العقد باعتبار ذكر العمل والوقت المفضي الى جهالة
المعقود عليه **قوله** ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان وقد يقال التسمية
في الاجارة الفاسدة ليست بمعتبرة لمنع النقصان وان كانت قد اعتبرت
لمنع الزيادة لما هو ان الواجب في الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى واجر
المثل اي لو زاد اجر المثل على المسمى لم يجب الزيادة ولو انتقص عن المسمى
وجب النقصان وقد مر تحقيقه **قوله** فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز
به نصف درهم عند ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد
فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى فعلم بدلالة الحال انه اراد بالغد
ما بعد اليوم الاول مثبتا وبعد الغد وما بعده من الايام فيكون الاجارة
فاسدة فيما بعد الغد كما هي فاسدة فيه لاجتماع التسميتين فيما بعد اليوم
الاول من الايام فتفسد فان خاطه في اليوم الثالث وجب اجر المثل لا يزاد
على نصف درهم لانه المسمى المصرح فيه والحكم في الاجارة الفاسدة وجوب
اجر المثل لا يزاد على المسمى وينقص منه فعلم ان الواجب بالخياطة في اليوم
الثالث ما هو الواجب بالخياطة في اليوم الثاني وهو انه لا يزاد على نصف
درهم وينقص عن نصف درهم وفي الكافي والصحيح عندهما انه ينقص من نصف
درهم ولا يزاد عليه وهو مشكل اما اولا فلان الاجارة فيما بعد الغد ان كانت

صحيحة عندهما بان يراد بالغد ما بعد اليوم الاول لزم ان يجب المسمى كما في الغد
اذ الواجب في الاجارة الصحيحة هو المسمى وان كان المراد بالغد عندهما
حقيقته لزم ان ينتهي الاجارة بمضي الغد فينبغي ان لا يلزم بالخياطة فيما
بعد الغد شيء لانه خاط متبرعا فاما ان يكون الواجب بالخياطة في اليوم الثالث
عندهما ما هو الواجب في الاجارة الفاسدة فمشكل واما ثانيا فلانا ايضا
قد ذكرنا ان الواجب عند ابي حنيفة بالخياطة في اليوم الثالث ايضا هو اجر المثل
لا يزاد على نصف درهم وينقص عنه اذ الاجارة فيما بعد الغد فاسدة عنده
كهي في الغد فيكون حكمهما واحدا فلا وجه لبيان الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه
على الوجه المذكور

باب اجارة العبد

قوله فليس له ان يسافر
به الا ان يشترط ذلك وقد يشكل الفرق بين العبد المستأجر للخدمة
والعبد المصالح على خدمته من حيث ان للمدعي ان يخرج العبد الى السفر
وليس للمستأجر ذلك وفرق بان في باب الاجارة مؤنة الرد على الآجر بعد
انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر
فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يريد ان يلزم الموجر ما لم يلتزمه من مؤنة الرد
واما في الصلح فمؤنة الرد ليس على المدعى عليه لانه يزعم انه يملك الخدمة
بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة مؤنة الرد عليه دون الوارث فالمدعي باخراجه
الى اهله يلتزم مؤنة الرد ولا يلزم المدعى عليه شيئا **وفيه نظر** لان مؤنة
الرد ان كان لا يلزم المدعى عليه فلا يخفى ان خدمة السفر يشتمل على زيادة مشقة
فلا ينتظمها اطلاق عقد الصلح وان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا
تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا في العقد فهذان التعليلان من المصنف
يقتضيان ان الحكم في مسئلة الصلح كالحكم في الاجارة وما ذكر من عدم لزوم
مؤنة الرد على المدعى عليه فذا لا يقتضي ان لا يثبت فيه حكم الاجارة بعلة اخرى
على ان الفرق فيما اذا كان الصلح على الخدمة مع الاقرار وايضا لا يخلو ان خدمة
السفر هل دخلت تحت اطلاق عقد الصلح ام لا فان دخلت كان لزوم المؤنة
على المالك بالتزامه كلزومه على المودع اذا سافر المودع بالوديعة والا ينبغي
ان لا يصح وان لم يكن هناك مؤنة الرد على المالك لان المأذون هو ما دخل
تحت العقد دون غيره وقيل تأويل مسئلة الصلح ان اهل المدعي اذا كان
في بعض القرى القريبة من المصر والمدعى عليه يعلم او كان هو على جناح السفر
والرجوع وقد علم ذلك المدعى عليه فح يكون راضيا باخراجه الى السفر لان الانسان
يستخدم العبد في اهله وتأويل مسئلة الاجارة انه اذا لم يكن معلوما للآجر
عند عقد الاجارة فلا يكون هو راضيا باخراج العبد وتكليفه مشقة السفر

لان الخدمة في السفر اشق منه في الحضر فعلى هذا كان مسئلتا الصلح والاجارة
على السواء فلا يحتاج الى الفرق **قوله** والقياس ان لا يجوز اذ القياس انما
هو جواز اخذ الاجر للمستاجر والاستحسان عدم جوازه كما بين ذلك في وجه
الاستحسان اي الاجارة ولفظ الكافي هنا من قوله والقياس ان لا يجوز للمستاجر
ان ياخذ منه الخ سهو الكاتب وكان ينبغي ان يقال والقياس ان يجوز
ان ياخذ منه بطرح لا وهكذا واقع في بعض نسخ الكافي وهو الصحيح من النسخ
او يقال والقياس ان لا يجوز اي الاجارة وللمستاجر ان ياخذ منه الخ
قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو
جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد
تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة **قلت** التعليل لا يوافق وضع المسئلة
لانه وضعها في الشهرين المعلومين المشار اليهما بقوله هذين الشهرين
فيتعينان بالاشارة التي هي ابلغ وجوه التعريف لا بانصراف الاول الى ما
يلي العقد تحريا للجواز ونظرا الى تنجز الحاجة فان التعين بالثاني وبل الماحج
اليه اذا لم يكن متعينا بالاشارة وعن هذا وضع المسئلة في الكافي في شهرين
المنكرين حيث قال استاجر عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ثم علل
بما ذكر في الكتاب وقيل في بعض الشروح يحتمل ان يحمل قوله هذين على ما
اذا قال الموجر اجرت منك هذا العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال
المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف هذين الشهرين
الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فيصلح
التعليل **قلت** لو كان كذلك لكان على المستاجر ان يكتفي بقوله استاجرت
هذين الشهرين اذ لا وجه للتفصيل بقوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة
اذ المشار اليه بقوله هذين الشهرين هو الشهر الذي اجره الموجر باربعة
والشهر الذي اجره بخمسة **قوله** لانه لو انكر شيئا لو اقر به لزمه هذا على اصل
ابي يوسف ومحمد رح وهو ان النكول اقرار مستقيم واما على اصل ابي حنيفة
وهو ان النكول بذل فلا يحلف عنده فيما لا يجري فيه البذل كما عرف
فلا يستقيم وايضا الوكيل اذا انكر لا يحلف مع انه انكر شيئا لو اقر به لزمه
لانه يملك الاقرار

باب فسخ الاجارة

قوله فكان هذا
عيبا حادثا قبل القبض فان قلت وضع المسئلة في العيب الموجود قبل
القبض والتسليم فلا حاجة الى اثباته بالدليل اجيب بالمنع بل المسئلة
مطلقة معناه وجد عيبا سواء كان حادثا بعد تسليم الدار او قبله اما
اذا كان قبله فظاهر انه حادث قبل القبض وكذا اذا كان حادثا بعد تسليمها

لان

نا
وفي بعضها والقياس ان لا يجوز للمستاجر ان ياخذ الاجر وهو ايضا
والضمير في لا يجوز للاجارة **قوله** وهذا غير محرز في حق
الغاصب ينتقض بالثمر اذا اثمرت الشجرة المغصوبة في يد الغاصب
والولد سيما اذا حملت الجارية المغصوبة في يد الغاصب وولدت
في يده حيث يضمنها الغاصب اذا استهلكهما مع انهما ليسا بمحرزين
في حق الغاصب للمولى اذ الاحراز لا يثبت الا باليد واليد ما ثبتت
والثمر والولد لم يثبت فيه يد المالك لا حقيقة ولا حكما اذ لا
كان مغصوبا مضمونا بالغصب لا بيد ما ثبت اذ الغاصب ليس بنائب
عن المولى على ان الاحراز كما يشترط للتقوم يشترط للملك ايضا
حتى اذا ابق العبد الى دار الحرب يخرج عن ملك المولى وملكه الحربي
بالاخذ وقد مر في السير ان المال بعد الخروج من الاحراز
يعود مباحا ويصير كالحشيش فاذا لم يكن الاجر محرزا للمولى
وجب ان لا يدخل في ملكه ايضا وليس كذلك بل يملكه المولى
حتى لو وجده قائما ياخذه والله اعلم صح

لان المعقود عليه انما يكون مقبوضا بالحقيقة اذا استوفي المنفعة لانها
هي المعقود عليها فكان العيب الحادث بعد تسليم الدار كالحادث قبل تسليمها
من حيث ان كلا منهما حادث قبل قبض المعقود عليه **قوله** او انقطع شرب
الضيعة في المضمرات اذا استاجر ارضا فانقطع الماء ان كانت الارض
تسقى بماء المطر فلا اجر عليه لانه لم يتمكن من الانتفاع كذا في الذخيرة
ولو زرعها المستاجر فاصاب الزرع آفة فهلك او غرق ولم ينبت فعليه
الاجر كاملا لانه زرع رواه ابن سماعة عن محمد رح وروي هنا انه رجل
استاجر ارضا فزرعها وانقطع ماؤها فله ان يخاصم الاجر حتى يفسخ القاضي
العقد وبعد فسخه يترك الارض في يد المستاجر باجر حتى يدرك الزرع
وان سقى زرعه لا يكون له حق الفسخ بعد هلاكه وكان ذلك رضا وفي الفتوى
في مسئلة هلاك الزرع انه لا اجر على المستاجر فيما بقي من المدة بعد هلاكه
الا اذا تمكن من اعادة زرع مثله او دونه في الضرر بالارض **قوله** فاشبه
الاباق في المبيع فانه لا يوجب انفساخ العقد وكذا اباق العبد المستاجر
لا يوجب انفساخ العقد فلو قال مكان قوله فاشبه الاباق في المبيع
فاشبه اباق العبد المستاجر لكان اظهر **قوله** واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لو قال كل من وقع له عقد الاجارة
اما اذا مات ينفسخ الاجارة كما قال في الذخيرة لكان اولى لانه كما ينفسخ
الاجارة بموت احد المتعاقدين اذا عقد لنفسه ينفسخ بموت غيرهما
ايضا وهو الموكل وما في الذخيرة يتناول ما اذا مات الموكل ايضا لانه
ممن وقع العقد له **قوله** لانه لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد قوله لغير العاقد متعلق بقوله مستحقا
وقوله بالعقد اما متعلق بقوله المملوكة او بقوله مستحقا وقد يشكل الفرق
بين موت من وقع العقد له وبين اعتاق العبد المستاجر فان في الاعتاق
لا يبطل الاجارة بل يثبت للعبد الخيار ان كان المولى آجره وان كان الموجر
هو العبد لنفسه فلا خيار له مع انه بعد الاعتاق تحدث المنافع على ملك
العبد كما انها بالموت تحدث على ملك الوارث فكما يلزم في الموت ان تصير
المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد فكذلك في صورة الاعتاق
هذا الا انه ذكر في الكافي نقلا عن الاسرار في مسئلة اعتاق الراهن
العبد المرهون ان الاجارة باعتاق المستاجر تبطل مثل بطلانه بالموت
فلنا ان نمنع **قوله** لو بقي العقد يصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة
لغير العاقد مستحقة بالعقد **قلت** هذا في المنفعة مستقيم لانها بعد الموت

تحدث على ملك الوارث اما في حق الاجرة فمشكل لانه لو بقي العقد بعد
موت المستأجر لكانت الاجرة دينا عليه وتركة الميت بقدر ما يقضى به
دينه باق على حكم ملكه فلا يلزم حج استحقاق الاجرة المملوكة لغير العاقد بالعقد
كما لا يلزم استحقاق الثمن المملوك لغير العاقد بالعقد فيما اذا اشترى شيئا
ثم مات قبل نقد الثمن حيث يؤخذ الثمن من تركته الباقية على حكم ملكه
فيما يقضى به حوائجه فكذا الاجرة على تقدير بقاء الاجارة فالتعليل وفي الكافي
واذا مات المستأجر فلو بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث
والمنفعة المجردة لا تورث اذ الوراثة خلافة فلا تتصور الا فيما يبقى
وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث في الوقت
الثاني والمنفعة الموجودة في صورة موت المستأجر لا تبقى لتورث والتي
تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق
الوجود واذا ثبت امتناء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح
ينتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه هذا كلامه وفيه نظر
اذ الخلافة لا تقتضي ان يثبت الملك اولا للاصل ثم للخليفة بل انعقاد
السبب للاصل يكفي للاستخلاف الا يرى ان المولى يخلف العبد في ملك
ما ينهب ويصطاد مع ان الملك لا يثبت للعبد اولا بل يثبت ابتداء للمولى
لعدم اهلية العبد للملك وكذا الموكل خليفة الوكيل في ملك ما يشتريه
لاجله مع ان الملك يثبت للموكل ابتداء في الصحيح وكذا القصاص يثبت
للوارث بقتل مورثه ابتداء لا انه يثبت للمورث ثم ينتقل منه الى الوارث
فعلم ان الخلافة في الشيء لا يستدعي ثبوته للاصل اولا بل يكفيه ثبوت
السبب للاصل قوله لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان
الخيار له بفوات بعضه لا يقال هذا انما يطرد في الاجارة المضافة
بان يقال في رجب اجرت منك هذا العبد في رمضان فانه جاز مع امكان
رد المعقود عليه بكماله بعد شرط الخيار للمستأجر لان جواز الاجارة
المضافة مذهبنا فاما الشافعي فلا يجوز الاجارة المضافة فيطرد التعليل
على اصله قوله فسخ القاضي العقد وباعها في الدين اي نفذ بيعها القضاء الذي
وذلك ان طريق القضاء على ما ذكر في الكافي هو ان يبيع الموجر الدار ولا
فاذا باع وهو لا يقدر على التسليم لتعلق حق المستأجر فالمشتري يرفع الامر
الى القاضي ويطلب منه فسخ البيع او تسليم الدار اليه فالقاضي يقضي
بالبيع فينفذ البيع وينتقض الاجارة وانما لا ينقض القاضي الاجارة قصدا
لانه لو نقضها قصدا ربما لا يتفق البيع فيكون النقض ابطالا لحق المستأجر

قصدا

قصدا وانه لا يجوز هذا كلامه فلا بد وان يأول قوله وباعها ينفذ بيعها
ثم ذكر في الكافي وقيل يفسخها ثم يبيعها فعلى هذا
قوله لما انه قد لا يصدق على عدم مال آخر فيه جواب ما يقال ينبغي ان لا — يحبسه
القاضي اذا تعلق بماله حق المستأجر بل يتأخر الحبس الى ان ينقضي الاجارة
وتقرير الجواب ان القاضي لا يصدقه في ان لا وفاء له الا من ثمن المستأجر
فيحبسه ههنا وفيه نظر اذ الفسخ بالعذر لا يثبت الا بالتراضي او بقضاء
القاضي على رواية الزيادات وهو الاصح فاذا كان القاضي لا يصدقه
في ان لا وفاء له الا من ثمن المستأجر كيف يقضي بفسخ الاجارة وفسخها
لا يكون الا بعد التصديق فيه اذ الفسخ يستدعي العذر والعذر انما
يتحقق اذا لم يكن له وفاء بالدين الا من ثمن المستأجر قوله ووجه الاول
انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي يشكل بخيار العتاقة فانه
مجتهد فيه اذا كان الزوج حرا حيث لا خيار لها عند الشافعي واذا كان
الزوج حرا مع ذلك لا يحتاج الى القاضي

كتاب المكاتب

اورده بعد الاجارة لمناسبة بينهما من حيث ان رقبة الدار في ابتداء
عقد الاجارة يجعل اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة وهي المطلوبة آخرا
وكذا في الكتابة يجعل الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد
ثم عند الاداء يجعل العتق اصلا فينتقل من اليد وفك الحجر الى العتق وقال
الشارح اورده بعد الاجارة لمناسبة ان كلا منهما يستفاد به المال
بمقابلة ما ليس بمال وقدم الاجارة لانه اشبه بالبيع من حيث التمليك
والشرايط وفيه نوع ضعف لما ذكر في غير موضع ان المنافع في باب
الاجارة لها حكم المال من كل وجه الا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة
بدلا عن المنافع كما يثبت ذلك في الكتابة والنكاح ولان المنافع تصلح
مهرا في النكاح ولم يشرع انعقاده الا بالمال فيكون الاجارة مما يستفاد
به المال بمقابلة المال ولا كذلك الكتابة فلا يكون الكتابة نظير الاجارة
بل نظير النكاح والى هذا اشار المصنف رح قبيل فصل واذا اشترى المكاتب
اباه حيث قال ولانه اي تزويج الامة مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال وبهذا علم ان الكتابة
كالنكاح دون الاجارة ثم قال وركن الكتابة الايجاب والقبول قلت
فلا يكاتب المملوك على من بلا ايجاب وقبول كاتم ولد النصراني اذا اسلمت
صارت مكاتبة تسعى في قيمتها ويعتق بادائها على ما مر وكذا معتق البعض
فلو كان ركنها الايجاب والقبول لم يتحقق بدونهما لاستحالة وجود الشيء بلا ركنه

فكانهم جعلوا الايجاب والقبول ركنين للكتابة التى تحتمل الفسخ بالتعجيز
لا لمطلق الكتابة وكتابة ام الولد للنصرانى اذا اسلمت لا تحتمل الفسخ بالتعجيز
وكذا كتابة معتق البعض ويقال بان الايجاب والقبول فيهما موجود
حكما كما يلزم البيع لمن اصابه المخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل ثم
من اعجب مسائل المكاتب ان يكون احد الشخصين مكاتبا لصاحبه وصاحبه
مكاتبا له وصورته مجهول النسب كاتب عبده فاشترى مكاتبه امة وكاتبها
فاقر المجهول بالرق على نفسه لمكاتبة مكاتبه فصدقته صح اقراره لانتفاء التهمة
اذ هنا الاقرار يضره وصار هو مع مكاتبه ملكا لمكاتبته لانه اذا اقر انه
ملك المكاتبة فقد اقر بان ملكه ملك المكاتبة وبقيت كتابتهما حتى تعلق
عتق كل واحد منهما بالاداء الى صاحبه لان اقرار المجهول لا يتعدى الى ابطال
حق غيره فان اديا معا او حل النجمان معا ووقعت المقاصة عتقا ولا ولاء
لاحدهما على الاخر لان الولاء انما يثبت بالعتق وكل واحد منهما ليس باهل
للولاء حال عتق صاحبه لمكان الرق وان تقدم احدهما فله ولاء الاخر
ولا ولاء عليه وان عجزا معا عتقت وملكتهما وان سبق عجز احدهما
عتق الاخر وملكها **قوله** فنفى الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان صيغة
الشرط للتعليق ولا يستقيم التعليق الا وان يكون المعلق عند التعليق
معدوما على خطر الوجود لاستحالة تعليق الموجود واباحة الكتابة مطلقا
كانت حكما مستمرا فى الشرع فلا يصح تعليقه على العلم بالخير فنفى الحمل
على الاباحة الغاء الشرط عن معناه وهو تعليق معدوم على خطر الوجود
فان قلت كتاب الله تعالى مشحون بالشروط الواقعة على وفاق العادة
اجيب اولا بالمنع فان كل شرط يرى انه واقع على الوفاق فهو اما مصروف
عن ظاهره كقوله ان كنتم على سفر اذ المعلق هنا والله اعلم هو الاهتمام بالرهان
عند السفر اى ان كنتم فى السفر فاهتموا بالرهان اكثر ما تهتمون به فى الحضر
واما محمول على ان المعلق كان معدوما عند التعليق ثم صار موجودا فى الشرع
قبل الشرط بدليله وثانيا بالتزام ان الغاء الشرط عن معناه لا يجوز
الا عند التعذر ولا تعذر هنا لمكان الحمل على الاستحباب فنفى الحمل على الاباحة
الغاء الشرط عن معناه الاصلى بلا ضرورة فلا يجوز الحمل عليه اما اذا مست
الضرورة اليه كما فى قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
وقوله ومن لم يستطع منكم طولا الاية فيجوز الغاؤه عن معناه الاصلى
وحمله على وفاق العادة نعم فى الحمل على الاباحة الغاء الشرط اشارة
الى ان صيغة الشرط تقتضى ان يكون المعلق معدوما ويتعلق وجوده بوجود الشرط

حتى لو

حتى لو وجد قبل الشرط بطل التعليق ولو كان موجودا عند التعليق
كان التعليق لغوا وهذا عين مذهب القائلين بمفهوم الشرط وعلماؤنا
رحمهم الله لا يقولون بمفهومه لما عرف فى بحث الوجوه الفاسدة من الاصول
فكانهم بعدما اتفقوا على ان التعليق لا يوجب العدم عند العدم بمنطوقه
خلافا للشافعى صار لهم طريقان احدهما انه يقتضى ذلك لضرورة وثانيهما
انه ساكت لا موجب له الا فى الوجود يفصح عن ذلك تصفح كتبهم فانهم ربما
يتمسكون بالتعليق على العدم عند العدم وربما يقولون التعليق بالشرط
لا يقتضى العدم عند العدم **قوله** ولا يجب حط شئ من البدل وقال الشافعى
يجب حط ربع البدل لقوله تعالى واتوهم من مال الله الذى اتاكم فان مطلق
الامر للوجوب ونحن نقول قوله واتوهم عطف على قوله وكاتبوهم والكتابة
غير واجبة بل مندوبة فكذا الحط كذا ذكروا واعترض بانه تمسك بالقران
وانه فاسد كما قيل فى قوله واقيموا الصلوة واتوا الزكوة انه يوجب
ان لا يجب على الصبى الزكوة وجوابه ان القران فى النظم ان كان
لا يوجب القران فى الحكم فلا شك ان الاصل فى الكلام هو الانتظام
والاتساق وهذا الاصل ان كان لا يوجب ان يترك حقيقة الامر
فهو يصلح مرجحا لما يوجبه والموجب هنا ان الدفع احسانا الى المكاتب
فلا يجب عليه لان الوجوب سبيل على المحسن وهو منتف بالنص وان
بدل الكتابة دين على المكاتب لمولاه والحط عن ساير الديون غير واجب
بالاجماع فكذا عن دين الكتابة ولشهرة هذين الدليلين الموجبين
لترك حقيقة الامر لم يذكروا فى الجواب بل اجابوا بذكر الاصل الذى
ذكرنا على سبيل المساهلة وارخاء العنان او نقول هذا الجواب من الشارحين
مبنى على قول من يقول بالقران واما على المذهب المختار فالجواب عن الاية
هو التزام ان الامر للوجوب والمراد به الاعانة من اموال الزكوة كما
ذهب اليه اكثر المفسرين لا الحط عنهم من بدل الكتابة اذ الحط ليس
ايتاء حقيقة بل هو اسقاط وقد قال الله تعالى اتوهم **وفيه نظر** للقطع
بان المخاطبين بقوله فكاتبوهم هم الملاك اى كاتبوا ايها الملاك
مماليككم ان علمتم فيهم فيجب ان يكون المخاطبون بقوله واتوهم ايضا هم
الملاك والا فعطف امر المخاطب على امر مخاطب اخر لا يجوز الا عند التصريح
بالنداء لا يقال قم واقعدا اذا كان المخاطب بالقيام زيدا وبالقعود
عمرا بل يقال قم يا زيد واقعد يا عمرو فلو كان المخاطبون بقوله كاتبوهم
الملاك وبقوله واتوهم الاغنياء غيرهم لوجب التصريح بالنداء بان يقال

كما تبوهم انها الملاك وا توهم انها الاغنياء وحيث لم يصرح بالندا، علم
ان المخاطبون بالامر الثانی هم المخاطبون بالاول وهم الملاك فلا يمكن
ان يراد بالايتاء الاعانة اموال الزكوة لعدم جواز اداء الزكوة الى مكاتبهم
فتعين ان المراد به الحط من مال الكتابة واجاب الشارح عن التمسك
بالقران بان هذا ليس مثل قوله تعالى واقيموا الصلوة واتوا الزكوة
فی حق التمسك بالعطف لان تلك الاية مشتملة على جملتين كل منهما غير
غير مرتبطة بالضمير الراجع الى ما قبلها فلا يصح الاستدلال هناك بالعطف
واما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى برجوع الضمير الى ما قبلها فصح
الاستدلال بالعطف تم لفظه **وفيه نظر** لما صرح به الامام فخر الاسلام
ان الشركة انما تجب بين الجملتين لافتقار الجملة الناقصة الى ما تم به
الاولى فاذا تم بنفسه لم تجب الشركة الا فيما يفتقر اليه وهو تصريح
بان الشركة لا تثبت الا فيما يفتقر الثانية اليه سواء كانت مربوطة
بالاولى برجوع الضمير او لم تكن **قوله** لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه
عاجز دليل على عدم جوازه حالا لا على وجوب ان يكون على نجمين اذ
العجز يقتضی اشتراط نفس التاجيل لا التاجيل الى نجمين وذا ظاهر
قوله فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه
وقد يقال يكفی لتحقيق معنى الكتابة ان هذا العقد لا يخلو عن كتبة
الوثيقة عادة كما صرح به فی الكافی فی اول الكتاب فی وجه تسميتها كتابة
وفی الكتابة معنى الضم لضم بعض الحروف الى بعض فلا حاجة الى جعل المكاتب
فی يده لتحقيق معنى الكتابة

فصل فی المكاتبة الفاسدة

قوله لانه ليس بمال ای ليس بمال متقوم والا فقد صرحوا بان الخمر
والخنزير مال فی حق المسلم ايضا الا انهما ليسا بمتقومين الا يرى انه
يجری التوارث فيهما بين المسلمين **قوله** واما الثانی فلان القيمة مجهولة
قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة فان قلت قيمة المغصوب والمبيع
بيعا فاسدا يدخل تحت القضاء والمجهول لا يدخل تحته اجيب بان القيمة
مجهولة قبل التقويم معلومة بعده والكتابة على قيمة العبد يكون قبل تعيين
قيمته على معنى كاتبتك على ما يقومك المقومون ولا يدرى انهم كم يقومونه
وبای جنس ووصف يقومونه فكانت كتابة على مجهول والقاضی انما يقضی
بالقيمة بعد التقويم وعند ذلك تصير القيمة معلومة اذ التقويم انما يقع
على قدر معين وجنس معين ووصف معين حتى لو قومه المقومون وعلموا
جنسا وقدرا ووصفا ثم كاتبه على ما قوموه يجب ان يصح الكتابة وبهذا يندفع

مايتوهم

ما يتوهم ان جهالة القيمة لو كانت كجهالة الثوب والدابة لم يعتق المكاتب باداء
القيمة اذا كاتبه على قيمته كما لا يعتق باداء ثوب ودابة فيما اذا كاتب على ثوب
او دابة اذ المجهول لا يوقف عليه فكل ما يأتی به العبد فللمولى ان يقول لم يرد
غير هذا وحيث يعتق باداء القيمة ولا يعتق باداء الثوب علم ان جهالة القيمة
ليست كجهالة الثوب فلا يصح القياس على الثوب بقوله وصار كما اذا كاتب
على ثوب ودابة وذلك ان القيمة لما كانت بحيث تصير معلومة بالتقويم
ثبت اداء العوض بتسليمها فوجد ما علق عليه العتق فيعتق بخلاف الثوب
فانه لا يصير معلوما اصلا ولا يوقف على مراده فلا يتحقق العتق المعلق
باداء العوض لاحتمال ان يكون العوض غير هذا الثوب الذی اتى به نعم
يشكل بان الكتابة على عبد جائزة ويجب الوسط ويعتق باداء العبد
الوسط ولو اتى بقيمة العبد الوسط يجبر على القبول ايضا لان العبد
وان كان اصلا تسمية فالقيمة اصل من حيث ان معرفة الوسط بالقيمة
فيجب القيمة بجهة الاصالة دون الخلفية فيجبر على قبولها مع القدرة على تسليم
العبد الوسط فقد صارت القيمة هنا اصلا ولولا انها تصلح عوضا فی الكتابة
لم تصر اصلا فی الوجوب ههنا الا ان يقال القيمة لما كانت مجهولة قبل التقويم
معلومة بعده قلنا صح جعلها اصلا من وجه ولم يصح جعلها اصلا من كل وجه
عملا بالاعتبارين جميعا ثم يشكل بام ولد النصرانی اذا اسلمت فانها تكاتب
عليه بقيمتها ولو كانت القيمة مجهولة جهالة متفاحشة لم تصر ام الولد المذكورة
مكاتبة على قيمتها لتعذر التقويم الصحيح على البدل المجهول وكذا معتق البعض يصير
مكاتبا بقيمة البعض **قوله** ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد
الفاسد وفيه بحث اما اولا فلان الكتابة على قيمة العبد لو صحت لوجبت
عليه قيمته قبل العتق بحيث يطالب بها قبله وفی الكتابة الفاسدة يطالب
بالقيمة بعد العتق باداء العوض ردا للمعتق معنى عند تعذر رده صورة
لعدم احتمال العتق الفسخ فالكتابة على القيمة تنصيص بوجوب القيمة قبل
العتق وموجب الكتابة الفاسدة وجوبها بعد العتق فاين احدهما من الاخر
واما ثانيا فلان القيمة فی الكتابة الفاسدة تجب بدلا عن رقبة العبد
الهالكة على المولى بالعتق وفی الكتابة على قيمة العبد تجب القيمة بدلا عن العتق
ولا يخفى ان وجوبها بدلا عن العتق غير وجوبها بدلا عن الرقبة فلا يكون الكتابة
على قيمة العبد الموجبة للقيمة عوضا عن عتقه يدا فی الحال ورقبة فی المال
تنصيصا على موجب الكتابة الفاسدة الذی هو وجوب القيمة عوضا عن الرقبة
الهالكة عند تعذر ردها واما ثالثا فلان موجب الكتابة الفاسدة

انما هو لزوم ماهو الاكثر من المسمى وقيمة العبد لا لزوم القيمة خاصة
قلت اوكثرت وقد نص هنا على وجوب القيمة كائنة ما كانت وذلك
ليس بموجب للعقد الفاسد واما رابعا فلان التنصيص على موجب العقد
الفاسد لا يربو على التنصيص على فساد العقد ولكن لو نص على الفساد
ولم يكن هناك مفسد بان يقول كاتبتك بالف درهم كتابة فاسدة
وقبل العبد يجب ان يصح الكتابة لان الفساد لا يثبت بمجرد القول انما يثبت
بما هو مفسد شرعا فاذا لم يوجد المفسد وجب ان يصح وان سماه العاقد
فاسدا لا يقال انه لما نص على موجب العقد الفاسد وموجبه لا يثبت
الا بثبوت العقد الفاسد فيقدر العقد الفاسد هنا اقتضاء تصحيحا
لموجبه لانا نقول العقد هنا منصوص لانه عبارة عن ايجاب وقبول
وقد وجد كل منهما ههنا منصوصا حيث قال كاتبتك على قيمتك وقبل
العبد نعم لو قال الواجب عليك قيمة نفسك بالكتابة لكان تنصيصا على موجب
العقد دون العقد فيجب حينئذ تقدير العقد الفاسد اقتضاء على ان الكتابة
الفاسدة انواع مختلفة ولا يمكن تقدير جميعها وتقدير البعض ترجيح
بلا مرجح فتعذر القول بالاقتضاء ايضا والله اعلم واما خامسا فلان القيمة
قد تجب في الكتابة الصحيحة ايضا كام الولد النصراني اذا اسلمت تكاتب
عليه وتسعى في قيمتها وتعتق باداءها وكمعتق البعض فانه مكاتب عند
ابي حنيفة رح ببعض قيمته فلا يتعين القيمة موجبا للكتابة الفاسدة
حتى يكون النص عليها نصا على موجب الكتابة الفاسدة قوله وقال زفر رح
لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة فان قلت ان كان المراد
هو قيمة نفس العبد لم يترتب هذا التعليل على قوله الا باداء قيمة الخمر
بل يجب ح ان يقول لا يعتق الا باداء قيمة نفسه وان اراد قيمة الخمر فذلك
غير صحيح اذ البدل في الكتابة الفاسدة هو قيمة العبد لا قيمة المسمى اجيب
بان المراد قيمة الخمر والمراد بالبدل هو البدل المسمى لا ماهو بدل في الكتابة
الفاسدة وواجب فيها اي لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل المسمى
هو قيمة وذلك انه لما سمى الخمر وهو لا يصلح مسمى صرف التسمية الى قيمته التي
هي قائمة مقامها فيعتق باداء المسمى وفي الكتابة الفاسدة ان كان يجب
هو قيمة العبد الا ان العتق لا يتوقف على اداءها بل يعتق باداء قدر المسمى
غير انه ان كان القيمة اكثر منه ياخذ الفضل وان كانت اقل يرد الفضل عند
زفر رح صرح بذلك في شرح المنظومة حيث قال في باب زفر رح واذا
كاتب عبده على الف على خدمته ابدا فسدت الكتابة لانه شرط يخالف

نفقته

قضية العقد فاذا ادى الالف عتق بحكم الشرط فان كان الالف اقل
من قيمته ياخذ المولى منه تمام القيمة بالاجماع لان المقبوض بحكم العقد الفاسد
مضمون بالقيمة وان كان اكثر من القيمة يسترد المكاتب الفضل وعندنا
لا يسترد له ما ذكرنا ان العقد الفاسد يوجب ضمان القيمة كالاكثر كالبيع
لنا ان العتق هنا حصل بحكم الشرط وهو اداء الالف فلو استرد
شيئا بطل بعض الشرط فلا يعتق بخلاف البيع فان معنى الاداء فيه غير محتمل
هذا لفظه واليه اشار المصنف رح بقوله والفرق بينهما وبين الميتة
والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه
العتق عند اداء العوض المشروط هذا لفظه واما ما ذكر في الشاهان
من ان المراد بالقيمة هو قيمة نفس العبد حيث قال لان البدل هو القيمة
اي في الكتابة الفاسدة يعني لم يصلح الخمر بدل الكتابة فلا بد من اداء هذا
البدل ليحصل العتق ففيه نظر اما اولا فلما ذكرنا منقولا عن شرح
المنظومة من ان العتق في الكتابة الفاسدة لا يتوقف على اداء قيمة العبد
بل يعتق باداء المسمى عندنا وعند زفر رح واما ثانيا فلظهور انه لا يترتب
هذا التعليل ح على قوله لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وذلك ظاهر وذكر
في الكافي وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الفاسدة
هو القيمة وانما يعتق المكاتب باداء البدل لا باداء غير البدل كذا ذكر
في المبسوط والذخيرة وغيرهما وما ذكر في الهداية انه لا يعتق الا باداء قيمة
الخمر مشكل هذا لفظه وقد ذكرنا من شرح المنظومة ما يدل على ان العتق
عندنا وعند زفر رح لا يتوقف على اداء القيمة في الكتابة الفاسدة بل
يعتق باداء قدر المسمى بحكم التعليق فجاز ان يكون في المسئلة روايتان
عن زفر رح فلا يشكل ما ذكر في الهداية ثم جاز ان يكون ما ذكر المصنف رح
من قوله الا باداء قيمة الخمر محمولا على ما اذا كان قيمة الخمر مثل قيمة العبد فح لا يخالف
ما ذكر في الكتب ويصح التعليل بقوله لان البدل هو القيمة بلا تكلف وقد
يتكلف في بعض الشروح ان المراد بقيمة الخمر قيمة نفس العبد والاضافة
الى الخمر بادنى ملابسة اي لا يعتق الا باداء قيمة نفسه الواجبة بسبب
تسمية الخمر وهذا مع كونه خلاف الظاهر لا يترتب عليه التعليل بقوله
لان البدل هو القيمة على معنى ان البدل في الكتابة الفاسدة هو قيمة نفس
العبد وذلك ان قيمة نفس العبد في الكتابة الفاسدة ان كانت بدلا
فهي بدل العبد يجب بعد عتقه باداء المسمى لا بدل العتق بل بدله هو
هو المسمى كما ذكرنا من شرح المنظومة والعتق لا يتوقف الا على اداء بدل العتق

لا على اداء بدل نفس العبد الذي يجب رده في العقد الفاسد وذلك
ان العتق معلق على اداء البدل الواجب وقيمة العبد لا يجب الا بعد العتق
حيث يجب حينئذ رد العبد عليه دفعا للفساد الا انه تعذر رده بعد العتق
صورة فيرد معنى بايجاب قيمته فاستحال ان يتوقف العتق على اداء واجب
يتوقف وجوبه على العتق وهذا لان القيمة في العقد الفاسد يجب بالقبض
والعبد لا يصير مقبوضا في الكتابة الا بعد العتق فيتوقف وجوبها على العتق
فاستحال ان يتوقف العبد على اداء القيمة التي تجب بعد العتق والله اعلم
بالصواب قوله وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر ويعتق باداء القيمة
قال الشارح هذا الحكم الذي ذكره ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة
على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فكان عليه ان لا يخص ابا يوسف بالذكر
وان لا يذكر بكلمة عن قوله لانه عقد فاسد الظاهر انه دليل على قوله ويزاد
عليه ويدل قوله فيجب القيمة بالغة ما بلغت وقوله وهذا اشارة الى قوله
ولا ينقص عن المسمى ودليل على ذلك اي وعدم النقصان عن المسمى ثابت لان المولى
ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى والعبد رضي بالزيادة على قدر قيمة العبد
الى حد المسمى حيث قبل ما اوجبه المولى من الكتابة بالمسمى محافظة على ما ثبت له
من حق العتق بقبول ما اوجبه المولى فيجب له اي قيمة المسمى بالغة ما بلغت
ولا ينقص عن قيمته اصلا فاما جعل قوله وهذا اشارة الى الجملتين اي
عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه الى قوله تمام القيمة ثابت لانه الح
وحمل قوله والعبد رضي بالزيادة على الزيادة على المسمى الى تمام القيمة فبعيد
جدا على ما نبين ان شاء الله تعالى ثم قد يحتاج الى الفرق بين الكتابة الفاسدة
والبيع الفاسد حيث ينقص عن المسمى في البيع دون الكتابة والفرق
ان الموجب الاصلي في البيع هو القيمة لانه مبادلة حقيقة والاصل في المبادلة
المالية هو القيمة ولا يعدل عنه الا عند صحة التسمية اما الكتابة فتبرع
واحسان في الحقيقة لا مبادلة مالية فلا يكون القيمة اصلا فيها حتى يصار
اليها عند فساد التسمية فيعتبر فيه رضاء الحر وهو مولاه ولم يرض بالنقصان
من المسمى فلا ينقص عنه اما العبد فانما يلزمه الزيادة على قدر المسمى لانه يجب
عليه رد رقبته بعد العتق وقد تعذر فيجب قيمته اقامة لها مقام العين
لا لان القيمة هي الاصل في الكتابة حتى يصار اليها عند الفساد قلنا وكذا
هذا ولكن التعليل بمجرد كونه عقدا فاسدا والقياس على البيع الفاسد
ليس كما ينبغي اذ الواجب في البيع الفاسد انما هو القيمة قلت او كثرت
ولا عبرة فيه بالمسمى اصلا وهنا المعتبر ما هو الاكثر من المسمى والقيمة

ولا قياس

ولا قياس عند اختلاف حكم المقيس والمقيس عليه ذاتا او وصفا وكونه
عقدا فاسدا لا يوجب القيمة بالغة ما بلغت فالاجارة اذا فسدت واجر المثل
ازيد من المسمى يجب المسمى ولا يجب اجر المثل فكانه اراد انه عقد فاسد وارد
فيما هو متقوم بنفسه فلا ينتقض بالاجارة الفاسدة لانها ترد على ما لا يتقوم
الا بالعقد وهي المنافع قوله كيلا يبطل حقه في العتق اصلا قال الشارح
هذا لا يصلح تعليلا لقوله والعبد راض بالزيادة لاحتمال ان يكون غير راض
به وان بطل حقه في العتق لانه نفع مشوب بالضرر وكم من عبد لا يرضى
بالعتق لعسرة الطعام بلا بدل فبالزيادة على المسمى اولى هذا كلامه قلت
لا خفاء ان العتق مع لزوم الزيادة نفع محض من حيث انه يؤدي بدل
الكتابة من مال المولى لانها عقد كرم لانه في الحقيقة مبادلة ماله بماله
فكيف لا يرضى العبد باداء الزيادة من مال المولى وهو يستفيد به شرف
الحرية ويزول عنه ذل الرق الذي هو موت حكمي الا يرى انه لو لم يرض
بالزيادة حتى بطل حقه في العتق لكان جميع اكسابه للمولى وهو اضر
به من تحمل الزيادة ودفع الضرر الكثير بتحمل اليسير نفع محض فيصلح قوله
كيلا يبطل حقه تعليلا لرضاه بالزيادة ثم قال فالاولى في تعليله ان يقال
العبد راض بالزيادة على المسمى لانه لما قبل الكتابة الفاسدة كان قابلا
وجوب قيمته على نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة
الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره فكان قابلا قيمة نفسه ثم قيمته قد
تزيد على قيمة المسمى فكان راضيا بالزيادة ثم لفظه فان قلت فينبغي ان يجوز
التنقيص عن قيمة المسمى ايضا اذا كانت قيمة نفسه اقل من قيمة المسمى لان
المولى لما باشر الكتابة الفاسدة وموجبها القيمة وهي قد تنقص عن المسمى
كان راضيا بالنقصان وقد صرح في الكتاب بان المولى ما رضي بالنقصان
وبنى عليه قوله فلا ينقص عن المسمى قلت جوابه سيأتيك في تقرير ما في الكتاب
ان شاء الله تعالى نعم يشكل بان الاقدام على الكتابة الفاسدة انما يكون التزاما
لقيمة نفسه ورضاء بلزومها اذا كان الواجب فيها هو قيمة العبد بالغة
ما بلغت فلو بني لزوم القيمة فيها بالغة ما بلغت على ان الاقدام على العقد
الفاسد التزام لقيمة نفسه كان دورا ثم قال فان قلت ما وجه قوله كيلا
كيلا يبطل حقه في العتق بعد ما نفذ العتق باداء الخمر والكلام فيه قلنا يحتمل
ان القاضي يرى صحة ما روى عن ابي حنيفة رض انه اذا كاتب على خمر ولم يقل
ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فيقضي بتلك الرواية فيبطل حقه في العتق
هذا لفظه قلت هذا انما يصلح مصححا لقوله كيلا يبطل حقه في العتق ان لو فرضت

المسئلة

فيما اذا كانت على خمر ولم يقل ان اديتها فانت حر وهي مطلقة ففي ظاهر الرواية
لو قال كاتبتك على خمر ان اديتها فانت حر فاداه يعتق بحكم الكتابة دون
التعليق ويجب عليه قيمته لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لان التعليق انما يعتبر
اذا لم يمكن اعتبار معنى العقد في الكتابة كالكتابة على الدم اما اذا امكن فالاثبات
للعقد واعتبار معناه في الكتابة على الخمر ممكن على ما مر في الكتاب فتصحيح
قوله كيلا يبطل على هذا الوجه لا يستقيم فيما اذا قال ان اديتها فانت حر
لانه يعتق باداء الخمر فيه باتفاق الروايات غير انه يعتق بحكم الكتابة في ظاهر
الرواية وبحكم التعليق في غيره فلا يمكن ان يقضى ببطلان العتق في غير ظاهر
الرواية وايضا الحق المصنف الكتابة على الخمر في غير ظاهر الرواية بالكتابة
على الميتة والدم وفيه اشارة الى انه لو ادى القيمة في غير ظاهر الرواية
لا يعتق ايضا كما لا يعتق باداء القيمة اذا كاتبها على ميتة ح لا يرتفع احتمال
بطلان حقه في العتق باداء المسمى بالغا ما بلغ على غير ظاهر الرواية لجواز
ان يرافع الامر الى القاضي بعد اداء قدر المسمى فيحكم بعدم العتق فالاولى
ان يقال انه وان كان يعتق في ظاهر الرواية باداء الخمر ولكن يحتمل ان
ينازعه المولى عند امتناعه عن اداء الزيادة بانه لم يعتق باداء الخمر متمسكا
بمذهب زفر فيقضي القاضي بمذهبه فيبطل حقه فالظاهر انه يرضى
بالزيادة صيانة لحقه عن توهم البطلان هذا وقد بقي ان اثبات الرضا
من العبد بالزيادة بقوله كيلا يبطل اثبات من حيث الظاهر وانه لا يكفي
للاستحقاق والحاجة هنا الى استحقاق الزيادة على العبد الا ان يقال
هذا استحقاق ضروري لانه عقد كرم فجاز ان يكتفي لاثبات مثله بالظاهر
ثم نقول قوله وهذا لان المولى الخ استدلال على القضية الاولى وهو قوله
لا ينقص عن المسمى اي ان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى حيث علق
العتق على قدره والعبد رضي بالزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى حيث قبل
العقد بالمسمى كيلا يبطل حقه في العتق اي انما رضي بالزيادة على قدر قيمته
لانه لو لم يرض به والمولى لا يرضى باقل من قدر المسمى لا نسد عليه باب التخيير
ويبطل حقه الثابت في العتق بايجاب المولى وفيه من الضرر ما لا يخفى
فلهذه العائدة يلزم الزيادة على قدر قيمته الى حد المسمى فعلى هذا يراد عليه
بقوله فيجب بالغة ما بلغت هو المسمى لا قيمة العبد اي يجب المسمى وان زاد
على قدر قيمة العبد وجاز ان يكون استدلالا على القضيتين اعني قوله
لا ينقص ويزاد يعني ان المولى ما رضي بالنقصان عن قدر المسمى فلا ينقص عنه
والعبد رضي بالزيادة على قدر المسمى فيزاد عليه ويجب القيمة بالغة ما بلغت

اما عدم

اما عدم رضاء المولى بالنقصان عن المسمى فلانه علق العتق باداء المسمى ومن ضرورة
عدم رضاه بالعتق باقل من ذلك وفي النقصان عن قدر المسمى يلزم سلامة
العتق باقل من قدره وهو لم يرض به واما رضى العبد بالزيادة على قدر
المسمى فلان موجب الكتابة الفاسدة هو لزوم القيمة فلما اقدم عليه
مع علمه بوجوب القيمة رضي بالزيادة على قدر المسمى اذا زادت قيمته عليه
فان قلت فالمولى ايضا اقدم على الكتابة الفاسدة وانه يوجب القيمة
فيكون راضيا بها قلت او كثرت **اجيب** بان الكتابة الفاسدة لا يمكن
ان يجعل دليلا في حق المولى على رضاه بالاقل لانه علق العتق على سلامة
قدر المسمى له وذا يمنع رضاه بسلامته باقل منه اذ العتق لما كان معلقا
على اداء الخمر لا يحصل دونه وفي التنقيص عن قدر المسمى يلزم ان يسلم
العتق للعبد باقل مما سمى وهو لم يرض به فلا يكون راضيا بالنقصان
ضرورة فلهذا المانع لم يثبت رضاه بالاقل بدلالة الاقدام على العقد
الفاسد اما العبد فلما قبل التعليق على قدر المسمى فقد رضي بسلامة
العتق له بقدر المسمى وعدم توقفه على اكثر منه وانه قد سلم له بذلك القدر
ولم يتوقف على غيره غير انه لزم الزيادة بعد سلامة العتق له بقدر المسمى
لرضاه به في ضمن الاقدام على العقد الفاسد ولا منافاة بين لزوم
الزيادة وعدم توقف العتق على اكثر من قدر المسمى اما في جانب المولى
فرضاه بسلامة العتق للعبد من قبله بقدر المسمى وتعليقه عليه ينافي رضاه
بالاقل لان التعليق على المسمى يمنع رضاه بالعتق بالاقل وفي التنقيص ذلك
لان القدر المسمى لم يسلم له فافترقا فعلى هذا معنى قوله كيلا يبطل حقه
في العتق انه رضي بالزيادة على قدر المسمى بالاقدام على العقد محافظة على
ما ثبت له من حق العتق على تقدير قبول هذه الكتابة وتحصيلا لهذا الحق الذي
نيط به سعادات الدارين ويمكن ان يراد بقوله والعبد رضي بالزيادة
الزيادة على قيمته الى حد المسمى ويرد قوله لئلا يبطل حقه في العتق اصلا
الى ما ذكرنا من شرح المنظومة ان العتق معلق على اداء العوض فاذا كان
العوض الف درهم مثلا يعتق باداء الالف ثم الالف اذا كان اكثر من قيمة
العبد لا يسترد العبد من المولى شيئا لانه قد عتق بحكم التعليق على الالف
فاذا استرد شيئا بطل بعض الشرط فيبطل العتق لانه يظهر ان المؤدى
بعض الالف واداء بعض المسمى لا يوجب العتق فلا يسترد شيئا لئلا يبطل
حقه في العتق اصلا ولكن لقائل ان يقول بقاء الشرط لا يشترط لبقاء
المشروط الا يرى انه لو قال ان صمت فعبدي حر فنوى الصوم بالليل وشرع

في الامساك نهارا عتق العبد لوجود الشرط وهو الصوم ثم اذا نقض
الصوم بالافطار في النهار لا يبطل العتق فكذا هنا لما عتق باداء الالف
لا يبطل العتق باسترداد شيء من الالف والله اعلم قوله لانه لا يوقف
على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته
يعني ان مطلق الثوب لتفاحش الجهالة فيه لا يصلح عوضا للعقد وتسليمه
وتسليمه انما الصالح للعوض هو النوع الخاص منه فالظاهر انه اراد نوعا
منه اذ الانسان لا يذكر في مقام التعويض الا ما يصلح عوضا ولا يعلم
ما هو المراد من انواعه فاي نوع ادى لا يكون مؤديا لما هو العوض لاحتمال
ان يكون المراد غيره والعتق في الكتابة معلق باداء العوض ولم يوجد
بخلاف ما لو علق العتق باداء ثوب بان قال ان اديت الي ثوبا فانت
حر لان المطلق من الثوب يصلح للتعليق العتق عليه فيجري على اطلاقه
فاذا اتى بما يسمى ثوبا عتق لانه اتى بما علق العتق به وبهذا سقط ما يقال
ان في الكتابة معنى التعليق ولو علق العتق باداء ثوب يعتق باداء ثوب
فكذا اذا كاتب على ثوب وذلك لان في الكتابة تعليقا للعتق باداء ما
هو العوض في الكتابة ولم يوجد اداء العوض كما ذكرنا قوله لاختلاف
اجناسه وقد يقال القيمة ايضا مختلفة جنسا وقدرا ووصفا لما ذكر
اولا فلا فرق بين القيمة والثوب لان كلا منهما يختلف جنسا فلا يوقف
على مراده في القيمة ايضا وجوابه قد مر ان القيمة وان اختلفت جنسا
التقويم وهي بعد التقويم بجنس خاص وقدر خاص ووصف خاص
تخرج عن الجهالة قوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب ذكر الفرق بين
الكتابة على القيمة وبينها على ثوب واوضحه في الذخيرة بان في الكتابة معاوضة
وتعليق عتق باداء العوض فقلنا القيمة تصلح عوضا لانها معلومة الجنس
وتصير معلومة القدر عند الاداء واذا اصلح عوضا وهو ملفوظ به تعلق
العتق باداءه اما الثوب فلا يصلح عوضا لانه مجهول القدر والجنس
فلا يتعلق باداءه في الكتابة لان عتق المكاتب يتعلق باداء العوض
فلهذا لا يعتق باداء الثوب كذا في الشرح وفيه نظر لان القيمة لو كانت
معلومة الجنس وتصير معلومة القدر عند الاداء لكانت الجهالة فيه
يسيرة فينبغي ان يجوز الكتابة عليها كما جازت على العبد والفرس ولان
المصنف رحمه الله قد ذكر في وجه فساد الكتابة على قيمة العبد ان القيمة مجهولة
قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب
او دابة وهذا تصريح بان الجهالة في القيمة كهي في الثوب وذكر في الذخيرة

خلافه وفي التوفيق صعوبة والوجه فيه والله اعلم ان القيمة مجهولة الجنس
لانها دراهم او دنانير وهما جنسان مختلفان حقيقة حتى لا يجري الربوا فيهما
وجنس واحد من حيث ان كلا منهما ثمنان وقد استحسنوا بجعلهما جنسا
واحدا في كثير من المسائل على ما ذكرنا في الوكالة فمن حيث انهما جنسان
صارت القيمة مجهولة الجنس وهي في الحال مجهولة القدر والوصف
اعتبرت الجهالة متفاحشة حتى فسد العقد ومن حيث انهما جنس واحد
كانت معلومة الجنس في الحال وانها تصير معلومة القدر ايضا فاعتبرت
عوضا يعتق باداءها عملا بالاعتبارين ثم قد يطالب بالفرق بين ان اديت
الي ثوبا فانت حر فاتى بثوب يعتق ولو كاتب على ثوب فاتى بثوب لا يعتق
مع ان في الكتابة ايضا تعليق عتق العبد باداء العوض والفرق ان التعليق
في الكتابة انما يثبت في ضمن صحة المعاوضة فلما لم يصلح الثوب عوضا في الكتابة
لم يبق التعليق الثابت في ضمنه فلا يعتق واما في قوله ان اديت ثوبا فانت
حر فالتعليق ثابت نصا لا في ضمن المعاوضة فيتعلق بما سمي لا بما يصلح عوضا
وقد ادى ما ينطلق عليه اسم الثوب فيعتق قوله قلنا ان العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة المراد من العين هنا
بدل الكتابة فان قلت فاين ذهب قولنا ان البدل الكتابة حكم الثمن في البيع
وعن هذا جوزنا الكتابة الحالة على ما مر فلما كان كذلك لا يشترط القدرة
على بدل الكتابة لصحة عقد الكتابة كما لا يشترط القدرة على الثمن لصحة البيع
قلنا نعم كذلك الا ان البدل في الكتابة له شبه بالثمن لما ذكرت ولما
ان التصرف فيه بالاستبدال جائز وله شبه المبيع ايضا من وجه اخر وهو
ان العجز عن تسليمه يوجب حق الفسخ كما في البيع اذا عجز عن تسليم المبيع ثم
لو كان ذلك عينا صار عقد الكتابة بمنزلة بيع المقايضة فصار للبدل حكم
المبيع من وجه حتى يشترط القدرة على التسليم واذا كان غير عين الحق
بالثمن حتى لا يشترط القدرة عليه عملا بالشبهين كذا في الشرح وظني ان
السؤال غير متوجه لان بدل الكتابة انما يكون حكم الثمن اذا كان مما لا يتعين
بالتعيين اما اذا كان عينا يتعين بالتعيين فله حكم المبيع في البيع فكذا يكون
في حكم المعقود عليه في الكتابة والمصنف جعل العين حكم المعقود عليه لان الامر
كذلك في جميع المعاوضات قوله على ما قال في الكتاب من قوله ان كاتبه
على شيء بعينه لم يجز فانه باطلاقه يقتضي ان لا يجوز اجاز ذلك ولم يجز قوله
ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا وقد بينا فتش في عدم الحاجة اذ المكاتب
ربما يفضي الى تملك تلك العين بالشرى منه ولو لم يملك المكاتب لم يتمكن من تسليمها

فكانت الحاجة الى ملك المكاتب مع كون البدل عينا معينا للغير متحققة فلا
وجه لنفيها **قوله** وعلى هذه الرواية لا ينعقد العقد لان تلك العين لم تصر
بدلا في هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم فلم ينعقد العقد اصلا
كذا في الكافي **قلت** عدم القدرة على التسليم يوجب الفساد دون البطلان
الا يرى ان بيع الآبق فاسد وليس بباطل وكذا بيع جذع في سقف وله
غير نظير **قوله** لان العبد المطلق يصلح بدلا الكتابة وينصرف الى الوسط
فكذا يصلح مستثنى منه **قلت** لو كان هذا استثناء العبد الوسط عن المائة
الدينار كان التقدير كاتبتك على المائة الدينار الا قدر قيمة العبد الوسط
فينبغي ان لا يلزم من المائة الدينار الا ما سوى قدر قيمة العبد وتكون
قيمة العبد بتمامها خارجة عن المائة وليس الامر كذلك اذ المذهب عنده
ان يقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة العبد الوسط فيلزمه من المائة
ما يخص المكاتب ويخرج منها ما يخص العبد وهذا ليس من قضية الاستثناء
بل هو من قضية مقابلة المائة بالمكاتب والعبد الوسط جميعا فالاوفق
بمذهب ابي يوسف رح ان يقال انه قابل المائة الدينار بالمكاتب والعبد
الوسط فيقسم عليهما بقدر قيمتهما **قوله** ولهما انه لا يستثنى العبد
من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى وقد تشكل
بما سيأتيك ان القيمة تصلح بدلا في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى
بالقيمة يجبر على القبول فاذا كانت القيمة تصلح بدلا في ضمن تسمية العبد
وجب ان يصح استثناؤه بهذا الطريق ايضا وقولهما والعبد لا يستثنى
من الدنانير قلنا وجب ان يستثنى لان كلا منهما يجب دينا في الذمة
بدلا عن الكتابة فكانا متجانسين الا يرى انه يصح استثناء المكيل من الدراهم
والدنانير في قوله له علي الف درهم لتجانسهما في اللزوم في الذمة **قوله**
ولو كاتبه على حيوان غير موصوف الخ الحق الكتابة في هذه المسئلة بالنكاح
وفيما سبق من مسئلة الكتابة على عين لغيره الحقها بالبيع فيحتاج الى وجه
الحاقها بالنكاح في هذه المسئلة وبالبيع في تلك ووجهه ان الكتابة
من حيث انها مما يتساهل فيها تحملت فيها الجهالة اليسيرة كما في النكاح ومن حيث
انها معاوضة مالية والمال فيها مقصود اشترط فيها القدرة على التسليم
والله اعلم بالوجهين جميعا **قوله** واذا بين الجنس كالعبد جعل العبد
هنا جنسا واحدا لجواز الكتابة عليه وجعله اجناسا مختلفة في الوكالة
حتى لو وكل بشراء عبد لم يجز وكذا قسمة الجمع لا يجوز في العبيد عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لفحش التفاوت بين احاده في المعاني الباطنية **قوله** اذ الخمر

غير معين

غير معين فكان تسليم المعينة تمليكا وتملكا بخلاف ما اذا كانت الخمر معينة
لانه يثبت الملك بمجرد العقد وفي التسليم نقل من يد الى يد لا تمليك ابتداء
والمسلم غير ممنوع من نقل اليد في الخمر كالغاصب من النصراني خمره ثم اسلم
النصراني لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب كذا في الحاشية الشاهية
وانه يشير الى انه لو اشترى ذمي خمرا معينا من ذمي ثم اسلما او اسلم احدهما
لا يفسد البيع اذ الملك في البيع ايضا يثبت بمجرد العقد ثم لا يبقى الا نقل اليد
وانه جائز في الخمر وانه خلاف ما اشار اليه في الكتاب من انه اذا تبايع الذميان
خمرا ثم اسلم احدهما الخ فان تبايع الذميين خمرا ظاهره عبارة عن بيع الذمي
خمرا معينا من ذمي اخر الا ان يحمل على ما اذا باع الذمي عينا بخمر غير معينة
من ذمي اخر ثم اسلم الخ ولكنه خلاف الظاهر او يلتزم جواز البيع فيما
اذا تبايع الذميان خمرا معينا ثم اسلم احدهما اذ البيع المذكور يبقى صحيحا
عند البعض كالكتابة واليه الاشارة في قوله على ما قاله البعض ثم ههنا
اشكال اخر وذلك لما مر في غير موضع ان للقبض في البيع وغيره من المعاوضات
شبها بالعقد من حيث ان كلا من العقد والقبض يفيد الملك الا ان
العقد يفيد ملك الرقبة والقبض يفيد ملك اليد وملك اليد اقوى من ملك
الرقبة فلا يكون قبض المعين من الخمر في باب الكتابة او البيع من باب نقل اليد
بل من باب تمليك اليد والنقل ان لم يمتنع فالتمليك ممتنع سواء كان تمليكا
لرقبة الخمر او اليد فيه بل تمليك اليد اولى بالمنع لانه اقوى الملك اذ المقصود
هو اليد وملك الرقبة وسيلة اليه على ما عرف في الاصول ولا يلحق قبض
البيع والكتابة بقبض المغصوب اذ الغاصب بالغصب لا يصير مالكا لليد
فيكون نقله مجردا بخلاف البايع قبل التسليم فانه ذو اليد مالك لليد
فيكون التسليم تمليكا فافترقا **قوله** ولو اداها عتق لو ادى المسلم الخمر
عتق لان العقد لما وقع على الخمر وهو مسلم وقع فاسدا من الابتداء فلا
يجب قيمة الخمر ولكن في الكتابة معنى التعليق بالاداء فاذا وجد الشرط
وهو اداء الخمر يعتق **فان قلت** اذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداء
يعتق باداء الخمر وههنا اي في مسئلة النصراني لا يعتق مع ان القياس
ان يعتق باداء الخمر بالطريق الاولى لان العقد تأكد بانعقاده على الخمر
قلت عقد المسلم على الخمر انعقد مع الفساد فيعتق باداء المشروط
لما فيه من معنى التعليق ويكون عليه قيمة نفسه اما ههنا فالكتابة انعقدت
صحيحة على تقدير اداء بدل يصح اداؤه وقامت القيمة مقام الخمر ولم يوجد
ههنا معنى التعليق باداء الخمر حتى يعتق به كذا في الشرح لا يقال ذكر

فى الذخيرة ان فى الكتابة معنيين معاوضة لوجود العوض من الجانبين وتعليق عتق باداء العوض لان حد التعليق نزول الجزاء بشرط يوجد فى المستقبل وفى الكتابة تعليق وقوع العتق باداء ما صار عوضا وهذا يشعر بوجود معنى التعليق فى الكتابة صحيحة كانت او فاسدة لوجود التعليق فى كل منهما بل معنى التعليق على اداء العوض فى الصحيحة اظهر لصحة العوضية فيها فقول الشارح ولم يوجد معنى التعليق باداء الخمر حتى يعتق بادائه مشكل لانا نقول ان للعتق فى كتابة النصرانى ايضا تعلق على اداء الخمر لكن من حيث انه بدل يصح اداؤه فلما اسلم احدهما لم يبق الخمر بدلا يصح اداؤه فلا يعتق بادائه بل صار البدل الذى يصح اداؤه هو قيمته فيتعلق العتق بها بخلاف ما اذا كاتب المسلم على الخمر فان العتق هناك معلق باداء الخمر من حيث هو فيعتق بادائه هذا هو مقصود الشارح **فان قلت** كما يصح بقاء العقد على قيمته فى كتابة النصرانى اذا اسلم لماذا لا يصح ابتداؤه عليها فى كتابة المسلم **قلت** ان القيمة تصلح بدلا بطريق الضمن فى الجملة ولا تصلح بدلا مقصودا حتى لو كاتب على قيمة عبد لا تصح ولو كاتب على وصيف تصح ويجبر على قبول القيمة فمن حيث انه لا يصلح بدلا مقصودا لا ينعقد العقد عليها ابتداء ومن حيث انها تصلح بدلا ضمنا جاز البقاء عليها ولم يعكس اذ البقاء اسهل من الابتداء فمتى جاز الابتداء عليها جاز البقاء بالطريق الاولى ولان جهة الضمن انسب بالبقاء الذى هو اسهل ثم الفقه فى ان القيمة تصلح بدلا فى ضمن تسمية الوصيف ولا تصلح بدلا ابتداء هو ما اشرنا اليه فيما تقدم ان القيمة معلومة من وجه مجهولة من وجه فتصلح بدلا ضمنا اعتبارا لجانب كونها معلومة لا مقصودا اعتبارا لجانب كونها مجهولة ولم يعكس لانها لو صلحت للبدل مقصودا لصلحت لذلك ضمنا بالطريق الاولى فلا يتحقق العمل بالوجهين

باب ما يجوز للمكاتب

قوله ان الكتابة فى جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك فيه اشارة الى ان الاعتاق اسقاط الملك وهذا خلاف ما عرف من مذهب علمائنا ان الاعتاق اثبات القوة الشرعية ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبى ولو كان اسقاطا للملك لجاز لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الاسقاطات جائز وفى الاثبات لا يجوز **قوله** ولا يتكفل لانه تبرع محض اما اذا كان بغير امره فظاهر وان كان بامره فكذلك لان الكفيل متى ادى يصير مقرضا بما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل ليس بشرط

فى المجلس ولو كان معاوضة لاشترط لكونه صرفا والاعارة تبرع فكذا الاقراض والتبرع غير داخل فى الكتابة كذا فى الشرح والشاهان **وفيه نظر** لما مر فى الكفالة ان الكفيل يرجع بما ضمن لا بما ادى لانه ملك بالاداء فينزل منزلة الطالب بخلاف المامور بقضاء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شئ حتى يملك الدين بالاداء فلو كان الكفيل مقرضا وجب ان يرجع بما ادى لا بما ضمن اذ المقرض لا يرجع الا بما اقرض وايضا قد مر التصريح فى الكتاب بانه يجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخر المطالبة الى وقت الاداء فينزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح واذا قبضه الكفيل قبل ادائه الى الطالب يملكه فلو كان الكفيل مقرضا لما وجب له على المطلوب قبل ادائه الى الطالب مثل ما وجب للطالب عليه ولما ملك المدفوع اليه قبل الاداء ولما صح ابراؤه فظهر ان اداء الكفيل ليس من الاقراض فى شئ وايضا لو كفل احد المفاوضين بامر المكفول عنه يلزم صاحبه عند ابى حنيفة رضى الله عنه خلافا لهما اما الاقراض فلا يلزم شريكه بالاتفاق فلو كانت الكفالة اقراضا لما لزمت صاحبه بالاتفاق كالاقراض ثم ما ذكر المصنف رحمه الله بقوله لانه تبرع محض لا بد وان يحمل على حال الابتداء لما صرح به فى الشركة ان الكفالة تبرع ابتداء ولكنها تنقلب معاوضة بقاء لانه يرجع بما ادى الى المكفول عنه ولكن ما ذكر فى الكفالة من انه يجب للكفيل على المطلوب بمجرد الكفالة مثل ما وجب للطالب عليه يقتضى ان لا يكون تبرعا لا ابتداء ولا بقاء فيشكل به قوله لانه تبرع محض **قوله** وهو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة استعمل لفظ القياس فى العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار فى الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين العينين ظاهرة اذ فى كل منهما فك الحجر فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس واما الفعلان فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة من المعاوضات المالية لان للمنفعة حكم المال الا يرى ان الحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية فى البيع فكان لفظ الاعتبار ههنا اولى كذا فى الشرح **وفيه نظر** اذ الاعتبار والقياس فى الاصطلاح بمعنى الا يرى انه تثبت شرعية القياس بلفظ الاعتبار فى قوله تعالى فاعتبروا يا اولى الابصار فيكون ما هو شرط القياس شرطا للاعتبار فاذا لم يوجد شرط القياس فى القياس على الاجارة

لم يصح اطلاق لفظ الاعتبار ايضا وذلك ان الاعتبار عبارة عن رد الشئ
الى نظيره فاذا لم يكن التزويج نظير الاجارة كيف يعتبر به ثم الشارح رح
قد تمسك هنا على ان للمنفعة حكم المال بعدم ثبوت الحيوان دينا فى الذمة
بمقابلة وذكر فى كتاب الغصب عند قوله ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه
ان عدم ثبوت الحيوان فى الذمة بدلا عن المنفعة ليس باعتبار ان للمنفعة
حكم المال بل لان المنفعة هى المعقود عليها فى الاجارة وهو غير مملوكة
للمستاجر فى الحال لانها معدومة فلو صح الحيوان دينا فى الذمة اجرة لصاحب
الدابة لم يتحقق المساواة بين العوضين وهى معنى الربوا فلم يجز لذلك هذا
كلامه ففى التوفيق نوع صعوبة **فصل** دخل فى كتابته ظاهره
يشعر بان كتابته يسرى الى الاب والابن ولكن قوله فيجعل مكاتبا تحقيقا
للصلة يشير الى ان شراءه يكون كتابة كما ان شراء الحر ذا رحم محرم منه
يكون اعتاقا وسيجئ التصريح بان الكتابة لا يسرى الى الولد المشترى
لعدم اتصاله وقت الكتابة بخلاف الولد المولود فى حال الكتابة فان الكتابة
يسرى اليه **قوله** لانه من اهل ان يكاتب الخ **قلت** انما صار اهلا للكتابة
لان الكتابة من الاكتساب والمكاتب اهل الاكتساب ولا يخفى ان كتابة
الولد المشترى ليست من باب الاكتساب لانه لا يملك به شيئا من البدل
فينبغى ان يكون اهلا لهذا النوع من الكتابة التى هى ليست بكسب للمال
كما انه لا يملك تزويج عبده ويملك تزويج امته لان تزويجها اكتساب
للمهر والنفقة دون تزويجه ثم قوله لانه اى المكاتب من اهل ان يكاتب
حتى لو كاتب عبده المشترى فى حال الكتابة جاز دليل ظاهر على ان قوله
فيجعل مكاتبا بصيغة اسم الفاعل دون المفعول على معنى فيجعل المكاتب
مكاتبا للاب والابن بشرائه كما يجعل الحر معتقا بشراء المحرم بسبب القرابة
وفيه اشارة ظاهرة الى ان الوالد والولد يصير مكاتبا للمكاتب لا للمولى
وانه مشكل اذ الكتابة لم تعرف بلا بدل يعتق المكاتب باداءه بخلاف
الاعتاق فانه ولا بدل
يشترط للمكاتب فى ابيه او ابنه حتى يكون مكاتبا له بل هنا يعتق المكاتب
مع ما يشترى من الاب والابن باداء ما قبل من البدل لمولاه فيكون داخلا
فى كتابته تبعا ولاجل ذلك لا وان يسرى كتابته الى كتابتهما كالولد
المولود فى الكتابة وانه خلاف اشارة قوله لانه من اهل ان يكاتب
فيجعل مكاتبا **قوله** فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة **قلت** فيجب ان لا يملك
المولى اعتاق الولد الذى اشتراه المكاتب حال الكتابة كما لا يملك اعتاق مكاتبه

وحيث ملك علم انه يدخل فى كتابته تبعا لا انه يصير مكاتبا له بالشراء وايضا
المكاتب اذا ملك امة او ابنته ثم حاضت فى يده حيضة ثم عجز المكاتب لا يستبرئها
المولى لتكاتبها عليه ومن دخل فى كتابته فهو مملوك للمولى حتى ينفذ عتقه
فيه كما ينفذ فى المكاتبة فكما ان المكاتبة اذا عجزت لا يستبرئها المولى
فكذا لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبة معه وبهذا يعلم ان
القريب الذى معه ولا يدخل فى كتابته تبعا لا انه يجعل مكاتبا له بالشراء
كما يجعل الحر معتقا بشراء القريب وايضا اذا اشترى المكاتب اباه
او ابنه ثم ابرأ المولى بايعه عن العيب ثم عجز المكاتب عن الاداء صح الابراء
ولو ابرأ فى عبيده وامه ولده لا يصح كما لا يصح اعتاقه لان الملك فيه للمكاتب
دون المولى بخلاف القريب الذى يتكاتب عليه فانه ملك المولى فلو
جعل شراؤه كتابة لكان القريب المذكور ايضا ملكا للمكاتب فلا يصح
ابراء السيد عن العيب والله اعلم **قوله** غير ان الكسب يكفى للصلة فى الولاد
وقد يقال متى كان الكسب الذى للمكاتب يكفى للصلة يلزمه نفقة الاباء
والابناء فى مال المكاتب ولا يلزم وعلى الوجه بان نفقة هؤلاء صلة محضة
والمكاتب ليس باهل لما هو صلة محضة وايضا لا يخفى ان تكاتب الاب
والابن على المكاتب صلة محضة كالعتق على الحر فيجب ان لا يوهل المكاتب
له وايضا الكسب ما جعل كافيا للصلة الا مع الملك ولا ملك للمكاتب
فلا يكفى كسبه لوجوب الصلة الا يرى ان العبد المأذون كاسب
ولا يجب عليه الصلة **قوله** ولا يكفى فى غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ
الا على الموسر وقد يشكل بان عدم وجوب الصلة بالنفقة لا يوجب
عدم وجوبها عليها بالتكاتب لان الكتابة نوع عتق وجاز ان لا يجب
النفقة صلة ويجب العتق عند الملك فان نفقة غير الولاد لا يجب عند
اختلاف الدين ويعتق اذا ملكه فجاز ان يتكاتب غير الوالدين والمولودين
على المكاتب ولا يجب نفقتهم عليه وذلك ان بقاء الملك من كل وجه
اشد فى القطيعة من حرمان النفقة فجاز ان يكتفى فيه باصل القدرة
ويشترط لوجوب النفقة القدرة بالملك ح كما انه اكتفى للعتق باصل
القرابة واشترط للنفقة القرابة المؤبدة باتحاد الدين **قوله** لان
العتق اسرع نفوذا من الكتابة يعنى لما كان العتق اسرع نفوذا اكتفى
لتحققه بنفس القرابة المحرمة للنكاح فالحقنا القرابة المتوسطة فى حقه
بالولاد والكتابة لما كان ابطاء نفوذا اشترط لتحققه القرابة القريبة
وهو قرابة الولادة فالحقنا المتوسطة فى حقها بقرابة بنى الاعمام

ووجه آخر ان العتق لما كان اسرع نفوذا لزم ان ينفذ في كل ما ينفذ
الكتابة فيه فلم يتحقق العمل بالشبهين فلو نفذنا كتابة الاخ لزم القول بنفاذ
عتقه ايضا فبطل العمل بشبهه قرابة بني الاعمام ولا يلزم من نفاذ العتق
نفاذ الكتابة فيكون القول بنفاذ العتق دون الكتابة عملا بالشبهين
ولقائل ان يقول الكتابة اعم نفاذا من الاعتاق لا يرى ان كتابة المكاتب
نافذ دون اعتاقه فلا يلزم من نفوذ الكتابة نفوذ الاعتاق حتى يبطل
العمل بالشبهين وايضا الكتابة ادنى من الاعتاق فلا يلزم من نفوذ الادنى
نفوذ الاعلى حتى يبطل العمل بالشبهين وفي الذخيرة وابو حنيفة يقول
علة صيرورة حال المملوك كحال المالك شيئان قرابة محرمة للنكاح وحقيقة
الملك على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه
وهذه العلة توجد في حق الحر سواء ملك اخاه او اباه فاما المكاتب
فقد وجد علة العتق فيما اذا اشترى ابنه او اباه لانه وجدت القرابة المحرمة
للنكاح ووجدت حقيقة الملك ايضا حكما لانه انضم الى حق الملك الولاد
وله زيادة اثر في ايجاب الصلة حتى ان الاب يستحق النفقة وان كان كسوبا
ويستحق عند اختلاف الدين فالتحق الحق بالحقيقة ومن حكم حقيقة الملك
ان يصير المملوك القريب بمثل حال المالك اذا كان ذا رحم محرم منه وفيما
اذا اشترى اخاه لم توجد علة العتق في حق المكاتب لانه ان وجدت القرابة
المحرمة للنكاح لم توجد حقيقة الملك لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما
لانه لم ينضم الى حقيقة الملك ما له اثر في ايجاب زيادة الصلة وهو الولاد
فلم يلتحق الحق بالحقيقة بل هو مجرد الحق مع القرابة المحرمة للنكاح وانه ليست
بعلة لصيرورة المشتري بمثل حال المشتري الى هنا كلامه وفيه نظر
حيث يلزم على هذا ان يعتق على المولى ابنه اذا اشتراه المكاتب لان
للمولى ايضا حق الملك في مال المكاتب وقد انضم اليه الولاد الذي له
زيادة اثر في ايجاب الصلة فصار كحقيقة الملك مع القرابة بعين ما ذكر
في المكاتب اذا اشترى ابنه قوله ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه قلت قبل الدعوة كان الولد قنا للمكاتب وكسبه
له وبعدها صار مكاتبا عليه وكسب مكاتب المكاتب له لا للمكاتب
وبالجملة فلا يلزم من ان يكون كسب الولد للمكاتب حال كونه قنا ان يكون
كسبه له حال كونه مكاتبا كيف والكتابة توجب ان يكون المكاتب احق
باكسابه قوله لان تبعية الام ارجح لتيقننا بانه جزؤها كذا في الكافي
قلت لو كان الرجحان باعتبار التيقن بكونه جزءا لها لزم ان يكون ملحقا بها

في جميع

في جميع الاحكام وقد الحق في بعضها بالاب الا يرى ان سؤر البغل المولود بين
الحمار والرمكة مشكوك كسؤر الحمار لا طاهر كسؤر الرمكة فقد الحقوه بالاب
لا بالام وايضا التيقن وان كان يرجح جانب الام لخلقة العظام من ماء الاب
واللحوم من ماء الام يرجح جانب الاب لان العظام اصل يقوم بها اللحم قيام
العرض بالجوهر ولهذا يرجحوا قرابة الاب على قرابة الام في الميراث
وقد يقال الولد ينفصل من الاب وهو ماء ومن الام وهو حيوان فيلحق
بالام فيما هو من خواص الحيوانية كالرق والحرية فاما ما لا يختص بالحيوان
كالطهارة والنجاسة فيؤخذ فيه بالاحوط والاحوط في سؤر البغل المولود
بين الحمار والرمكة الالحاق بالاب وفي البغل المولود بين الفرس والاتان
الالحاق بالام اذ الاحتياط في اثبات الشك في السؤر ليضم مع الوضوء
به التيمم فيخرج عن العهدة بيقين قوله وهذا ليس في معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فان قلت
هذا الزام على محمد رح لو وجبت القيمة عنده بعد العتق كما هو رواية الجامع
الصغير اما على ما قال في المبسوط ان النكاح ان كان باذن السيد فعليه
قيمة الولد والمهر في الحال وان كان بغير اذن سيده فعليه قيمة بعد العتق
فما وجه الالزام عليه قلت وجهه انه لا مناسبة بين الحر والعبد اذا كان
كان النكاح بغير اذن المولى لان حق المستحق في هذه الصورة لو جبر لكان
مجبورا بقيمة متاخرة الى ما بعد الاعتاق باتفاق الروايات عن محمد رح
وهذا التاخير يجري مجرى الابطال حيث لا غاية له فلما بطل الاخذ بالقيمة
فيما اذا كان النكاح بغير اذن السيد بطل فيما كان بالاذن لعدم القائل
بالفصل فان قلت لماذا لا يجب القيمة على العبد في الحال اذا كان النكاح
باذن السيد وقد ثبت ان كل دين على المملوك بسبب ماذون فيه من جهة
المولى يؤاخذ به في الحال قلت نعم لو وجب الدين بذلك السبب اخذ به
في الحال ولكن الايجاب هنا غير ممكن لان ولد المغرور انما يجعل حرا بالقيمة
نظرا للجانبين ودفعا للضرر عنهما ولكن دفع الضرر على وجه يلزم اضرار
الغير لا يجوز وهنا دفع الضرر عنهما بجعل الولد حرا بقيمة ناجزة اضرار بالمولى
وذلك لا يجوز توضيحه ان نكاح العبد لا يصلح ان يصير موجبا لحرية الاولاد
بقيمة ناجزة الا بالحاقه بمورد الاجماع ولا وجه لالحاقه سوى دفع الضرر
عن العبد ودفع الضرر الخاص بتحمل مثله باطل وفي الحاقه دفع الضرر عن العبد
بالحاق الضرر بالمولى فكان باطلا ولما بطل الالحاق بقي النكاح غير موجب
حرية الاولاد فلا يكون الرضاء بهذا النكاح رضاء من المولى بلزوم قيمة ناجزة

عليه

نعم لو كان هذا النكاح موجبا حرية الاولاد بقيمة ناجزة في الشرع لكان
الرضاء من المولى رضاء بالقيمة الناجزة ولكن الكلام في ان هذا النكاح
هل يصلح موجبا لحرية الاولاد بالقيمة الناجزة فمتى لم يثبت ذلك لم يكن الرضاء
به من المولى رضاء بلزوم القيمة عليه وهو غير ثابت لما ذكرنا قوله وسقط
عنها بدل الكتابة لانها انما التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة
ولم تسلم بهذه الجهة فلا يجب البدل كذا في الكافي قلت قد مر في باب التحالف
اذا اختلف المكاتب والمولى في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح
لان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد
وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر
البدل لا غير فلا يتحالفان هذا لفظ الكتاب فاذا كان البدل مقابلا بفك
الحجر في الحال وقد سلم له ذلك حتى صار مالكا للتصرف وجب ان لا يسقط
عنه البدل اذا عتق بغير الكتابة لان العتق ان لم يحصل له بالكتابة فقد حصل
له فك الحجر وعدم حصول العتق ان كان يوجب السقوط فحصول الفك
عن الحجر يمنعه فينبغي ان لا يسقط بالاحتمال وبعبارة اخرى ان المكاتب
يقبل المال بمقابلة فك الحجر في الحال والعتق في المآل فاذا سلم له الفك
دون العتق بالكتابة وجب ان يسقط نصف البدل ويبقى النصف فاما
ان يسقط كل المال عند عدم حصول العتق بالكتابة وقد قوبل بالفك
والعتق جميعا فلا وجه له كيف وقد اعتبرت المقابلة بالفك في عدم
وجوب التحالف وبالجملة ان مقابلة البدل بالفك عن الحجر ان كان معتبرا
وجب ان لا يسقط عنه كل البدل اذا عتق بوجه آخر غير الكتابة والا لزم
ان يتحالفا اذا اختلفا في قدر البدل قوله لان الغرض من ايجاب البدل
العتق عند الاداء قلت الغرض المآلي من ايجاب البدل ان كان هو العتق
فالغرض الحالي منه هو فك الحجر في حق اليد والتصرف وهذا الغرض قد حصل
له فينبغي ان لا يسقط العوض اصلا او يسقط نصفه ويبقى نصفه واما ان يسقط
الكل فلا وجه له قوله عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقتها جهتا
حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في كل من جهتي الحرية
فائدة ليست في اخرى وذلك لانها لو اختارت العتق بجهة التدبير لم تسلم
لها الاكساب ولو اختارت الكتابة سلمت ولو اختارت الكتابة ربما
احتاجت الى اداء جميع الاكساب وزيادة يبلغ اكثر من ثلثي قيمتها ففي كل
فائدة ليست في الاخرى فان قلت لو اختارت العتق بالتدبير سلمت
لها الاكساب ايضا كام الولد اذا اعتقت بالاستيلاد قلت ام الولد تعتق جبرا

فلا تكون

فلا تكون راضية ببطلان حقها في الاكساب فلا يفسخ الكتابة نظرا لها
اما المدبرة فلما اختارت العتق بالتدبير مع امكان ان تختار بجهة الكتابة
فقد فسخت الكتابة برضاها فلا يبقى الكتابة في حقها اصلا لا في حق العتق
ولا في حق الاكساب نعم يشكل التخيير فيما اذا كان بدل الكتابة اقل من ثلثي
القيمة وكان مؤجلا وفيه سلامة الاكتساب وثلثا القيمة كان اكثر وليس
فيه سلامة الاكساب بحيث يتعين الفائدة في بدل الكتابة مؤجلا
وسلامة الاكساب فيه فكانه بنى التخيير على ان الغالب ان بدل الكتابة
يكون اكثر من ثلثي قيمته والفائدة في كل منهما في هذه الصورة ظاهرة لانه
ثلثا القيمة وان كان اقل فلا تسلم فيه الاكساب والاولاد وبدل الكتابة وان
كان اكثر ففيها سلامة ذلك فلما كانت الفائدة في التخيير غالبة طرد التخيير
في جميع الصور ايضا تيسيرا للامر على المفتين كما مر في باب اليمين في الحج في مسئلة
ما اذا قال عبده حر ان لم احج العام فشهد شاهدان انه ضحى العام بكوفة
لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لانها قامت على النفي لان المقصود
منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه
لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد ولكنه لا تمييز بين نفي
ونفي تيسيرا يعني فما كان الغالب يكون منبنيا على الظاهر ومن الدليل
على اسم النفي من غير تفريق بين نفي الدليل وبقي غير مبني
عليه على الغيبين كذلك هنا لما كان الاغلب عدم تعين الفائدة
في احدهما طردنا التخيير في الكل تيسيرا وفي الشرح لان في التخيير فائدة
لجواز ان يكون اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر لكونه
حالا فكان فيه فائدة وان كان جنس المال متحدا تم لفظه فان قلت ما وجه
تفريع التخيير بهذا الوجه على تجزي الاعتاق قلت وجهه ان الاعتاق
لما تجزى عنده بقي الثلثان رقيقا فيبقى الكتابة منجمة كما كانت فتخير بين
ان يسعى في ثلثي قيمتها معجلة او في جميع مال الكتابة مؤجلة اما عندهما
فالاعتاق لما لم يتجز عتق الكل فتطالب باخذ البدلين في الحال اما بدل
التدبير فلكونه حالا واما بدل الكتابة فلصيرورته حالا بعتق الرقبة فلا
فائدة في التخيير نعم يشكل التخيير بهذا الوجه فيما اذا كان بدل الكتابة اقل
فائدة مؤجلا او بدل التدبير اكثر معجلا للقطع بانها تختار الاقل المؤجل فلا
في التخيير ثم التاجيل في الكتابة ليس بلازم عندنا فاذا لم يكن الكتابة
مؤجلة وجب ان يتعين الاقل منهما اذا كان الاقل هو بدل الكتابة لان فيه
مع كونه قليلا سلامة الاكساب فيتعين الفائدة في جانب بدل الكتابة

فلا وجه للتخيير حينئذ وانما يفيد التخيير اذا كان بدل الكتابة اكثر وثلثا القيمة اقل فان بدل الكتابة وان كان اكثر ففيه سلامة الاكساب وثلثا القيمة وان لم يكن فيه سلامة الاكساب فهو اقل فيختار ايهما شاء ولا ترجيح للتدبير باعتبار

فالوجه هو ما ذكرنا ان الاعتاق لما يتجزى عنده بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية في الثلثين وفي كل من الجهتين فائدة ليست في اخرى **قوله** ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها اي يصير مقابلا بثلثيها في الاخرة لانه وقع مقابلا بثلثيها في الابتداء فلا يرد ما قيل لو كان مقابلا بثلثيها دون جميعها ينبغي ان لا يعتق كلها اذا ادت بدل الكتابة قبل موت المولى وليس كذلك **قوله** وهذا لان البدل الخ بيانه ان المكاتب يلتزم المال بمقابلة فك الحجر في الابتداء وعتق الرقبة في الانتهاء عند الاداء ثم اذا لم يكن عتق بعض الرقبة محتمل الوجود قبل الاداء لوجود سبب العتق يجعل البدل بمقابلة الكل على الاطلاق لعدم دليل التقييد اما اذا كان عتق بعض الرقبة محتمل الوجود لقيام السبب يتقيد التزام المال مقابلا بالكل بما اذا لم يعتق قبل الاداء بالسبب الموجود عند عقد الكتابة وذلك انه لما قبل بدل الكتابة لحصول العتق عند الاداء مع احتمال حصول هذا الغرض قبل الاداء كان التزامه مقيدا بما اذا لم يحصل هذا الغرض فيه قبل الاداء لان الظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الا بمقابلة ما لا يثبت له قبل الاداء بخلاف ما اذا كاتب اولا ثم دبره ثم مات المولى لان البدل هناك وقع بمقابلة الكل على الاطلاق لعدم دليل التقييد وهو احتمال حصول العتق قبل الاداء ناشيا عن الدليل لانعدام السبب الموجب لاستحقاق الحرية عند عقد الكتابة فبقي مجرد وهم العتق قبل الاداء وانه غير معتبر فلا يصلح مقيدا للاطلاق **قوله** لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا هذا اذا لم يكن المولى مديونا بدين مستغرق لقيمة المدبر اما اذا كان مديونا بدين مستغرق فليس لها استحقاق حرية الثلث ظاهرا بل الظاهر عدمه اذ الظاهر في كل ثابت بقاؤه **قوله** كما لو طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة واعترض بانه انما قابل البدل بازاء ما بقي ثمه لوقوع التطليقتين اما ههنا فللمدبرة حق العتق والملك كامل فيها حتى حل وطئها فيجوز ان يثبت بازائه شيء من البدل وجوابه انا لا ننكر وقوع البدل بمقابلة كل الرقبة ولهذا لو ادى قبل موت المولى يعتق كله

ولكنا

ولكنا ندعي تقييده بما اذا لم يثبت الحرية فيه عند الاداء بسبب وجد حال عقد الكتابة ووجه التشبيه بمسئلة الطلاق هو انه انما يجعل الالف بمقابلة الواحدة من حيث انها لا تلتزم الالف الا بمقابلة ما ليس بواقع من الطلاق باعتبار الظاهر فكذا يتقيد في مسئلة الكتابة التزام المال بمقابلة الكل بما اذا لم يتقرر استحقاق الحرية في البعض بسبب التدبير اعتبارا بالظاهر ثم الاوضح في التوجيه انه وان قابل البدل بالكل لكنه اراد المقابلة بما هو ليس بحاصل له قبل ادائه اذ الظاهر ان المرأ لا يلتزم العوض الا بمقابلة ما ليس بحاصل له فحيث التزم المال بمقابلة الكل مع احتمال ان يحصل له عتق الثلث قبل الاداء علم انه اراد المقابلة بما هو غير حاصل له كلا كان او بعضا فاذا ادى البدل قبل موت المولى وقع بمقابلة الكل واذا ادى بعده وقع بمقابلة الثلثين كما جعل البدل في مسئلة الطلاق بمقابلة ما هي غير واقعة من الطلقة الباقية بقرينة الظاهر ثم الاستدلال بمسئلة الطلاق انما يصح اذا كان مقابلة الالف فيها بما بقيت من الطلقة الواحدة بالاتفاق ولكن ابا يوسف ومحمدا رحمهما الله قالا فيمن جمع بين من يحل نكاحها ومن لا يحل فتزوجها بالف مثلا يكون الالف مقابلا بهما حتى يقسم عليهما بقدر مهر مثلهما فيبطل ما يقابل المحرمة ويبقى ما يقابل الاجنبية وعلى قياس تلك المسئلة يجب ان يسقط في مسئلة الطلاق ما يقابل الطلقتين الواقعتين ويبقى ما يقابل الباقية فلا يصح الاستدلال بها عليهما **قوله** بخلاف ما اذا تقدمت وقد يشكل بان عقد الكتابة في حق العبد غير لازم وكل عقد غير لازم لبقائه حكم الابتداء فينبغي ان يتقيد الالتزام في هذه الصورة لان بقاء عقد الكتابة بعد التدبير كابتدائه ولو ابتداء العقد بعد التدبير لكان التزامه مقيدا بما ذكرنا فكذا اذا بقي بعده **قوله** والظاهر رضاه اي رضاء العبد بفسخ الكتابة توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب لانا نبقي الكتابة في حقها اي في حق الاكساب وفيه بحث لان الكتابة بعد انفساخها انما تبقى في حق الاكساب اذا كان الانفساخ جبريا كانفساخ كتابة ام الولد اذا عتقت بموت السيد اما اذا كان انفساخها برضاء المكاتب فلا تبقى في حق الاكساب ايضا كالمدبر اذا كوتب ثم مات المولى واختار اداء ثلثي قيمتها دون بدل الكتابة تعتق بجهة التدبير فانه لا يستحق اكسابه ولا يبقى الكتابة في حق الاكساب لانه اختار الفسخ وقد اعتبر المصنف رحمه الله المكاتب ههنا راضيا بفسخ الكتابة مختارا في الفسخ والكتابة في مثله لا يبقى في حق

الاكساب

فالظاهر ان انفساخها فيما اذا اعتقه المولى الموجبرى والمولى ان لم تيمكن من فسخ
الكتابة بلا رضاء العبد قصدا فهو يتمكن منه فى ضمن الاعتاق فلا حاجة
ان يعتبر العبد راضيا **قوله** وفى القياس لا يجوز لانه اعتاض **فان قلت**
ان الدين مال من وجه دون وجه لانه وصف حقيقة مال باعتبار عاقبة
الاستيفاء والاجل ايضا مال من وجه حتى يبذل المال بمقابلته فيكون
الدين كالاجل فينبغى ان يجوز الاعتياض منه **قلت** نعم ولكن جهة
المالية فى الدين اظهر منه فى الاجل لان للدين حكم المال فى كثير من الاحكام
كصحة الشراء به ووجوب الزكوة على الداين وصحة هبته من المديون
بخلاف الاجل فانه لا يجرى فيه هذه الاحكام فلم يكن فى المالية مثل
الدين فلا يصح الاعتياض عنه اما دين الكتابة فهو احط رتبة عن ساير
الديون فيكون كالاجل فصح الاعتياض عنه **قوله** ولان عقد الكتابة
عقد من وجه دون وجه والربوا انما يجرى فى العقد من كل وجه كالبيع
والاجارة **فان قلت** الربوا هنا لا يلزم فى عقد الكتابة حتى يكون فيه
شبهة الربوا باعتبار كونه عقدا من وجه دون وجه بل يلزم فى عقد الصلح الذى
فى معنى البيع **قلت** عقد الصلح هنا مبنى على عقد الكتابة فكانت شبهة
عدم العقد شبهة فى عدم الصلح ايضا **قوله** والاجل ربوا من وجه
اى فضل من وجه دون وجه اما انه ليس بفضل فلانه ليس بمال ولا له
حكم المال وفضل الربوا انما يكون فى المال او فيما له حكم المال واما انه
فضل من وجه فلانه قد يزاد المال بزيادة الاجل فلا يكون فى حكم الربوا
لانه ظهر النقصان فى كونه عقدا وكونه فضلا ولو كان فى احدهما لكان
شبهة فلما ظهر فيهما كان شبهة الشبهة كذا فى الشرح **فان قلت** ان
الشروط المفسدة للبيع ملحقة بالربوا مع ان بعضها ليس بمال ولا له حكم المال
فما وجه قوله فضل الربوا انما يكون فى المال او ما فى حكمه **اجيب** بان الحكم
ان الشروط المفسدة التى ليست بمال ولا فى حكمه ربوا بل الفساد فيها باعتبار
انها مفضية الى المنازعة لا باعتبار انها ربوا والى هذا اشير فى الشرح
فى باب البيع الفاسد عند قوله لان فيه زيادة عارية عن العوض وقد ذكرنا
من قبل **فان قلت** يشكل قوله الاجل ربوا من وجه بان الربوا انما يلزم
باعتبار الخمسمائة المحطوط لا باعتبار الاجل فانه لما صالح على خمسمائة
معجلة كان ذلك اعتياضا عن الالف اذ لا يمكن حمله على استيفاء البعض
واسقاط الباقى لان حقه فى المؤجل لا فى المعجل فيحمل على المعاوضة ومعاوضة
الالف بخمسمائة ربوا باعتبار الخمسمائة المحطوط لا باعتبار الاجل ولا شك

ان الخمسمائة

ان الخمسمائة المحطوط مال يصلح ربوا **قلت** الدليل الثانى مبنى على ان يجعل
الخمسمائة المعجلة عوضا عن الخمسمائة من الدين والباقى اسقاطا فى ذلك
ان هذا باطل فى الحر سواء جعل معاوضة الالف بخمسمائة او معاوضة
خمسمائة مؤجلة بخمسمائة معجلة اما الاول فلانه يستلزم الربوا لان
الخمسمائة المحطوطة يسلم للمديون بلا عوض لانه لا شئ يكون عوضا الا الاجل
وهو لا يصلح عوضا لعدم كونه مالا اما الثانى فلانه ايضا يستلزم
الربوا وهو الاجل لان فى اسقاط الاجل فائدة لاحد المتعاقدين خالية
عن العوض فيكون ربوا كالشروط المفسدة للبيع فالدليل الاول دليل
لتصحيح هذا الصلح بين المكاتب ومولاه على الطريق الاول والثانى
لتصحيحه على الثانى فتامل **قوله** لان له ان يترك الزيادة اى الزيادة
على ثلثى الالف بان يكاتبه على قيمته اى ثلثى قيمته **قوله** ولم يتعلق حق الورثة
بالمبدل فلا يتعلق بالبدل **فان قلت** جاز ان لا يتعلق حق الشخص بالمبدل
ويتعلق ببدله الا يرى ان القصاص لا يثبت للمقتول لعدم صلاحه لقضاء
حوايجه بل يثبت لورثته ابتداء بطريق الخلافة دون الوراثة على ما عرف
ثم اذا سقط القصاص بوجه وصار مالا يتعلق حق المقتول ببدله لصلاحية
البدل لقضاء حوايجه فينفذ منه وصاياه ويقضى به ديونه **اجيب**
بان المقتول وان كان لا يملك القصاص فالسبب ينعقد له حتى يصح
عفوه بعد الجرح قبل الموت وكان ينبغى ان يثبت القصاص له لكنه تعذر
اثباته له باعتبار انه لا يصلح لقضاء حاجته فقلنا يخلفه من هو اقرب
الناس اليه ثم اذا صار مالا يصلح لقضاء حاجته تعلق حق المقتول به
وانعقاد السبب فى حق ملك المبدل يكفى لتعلق حقه فى البدل وهنا
لم يتعلق حق الوارث بالبضع اصلا فلا يتعلق ببدله من حيث انه بدله
بل من حيث انه مال الميت فيتعلق حق الوارث به كما تعلق حق المورث
وقد تعلق حقه فيه مؤجلا فكذا حق الوارث فاما هنا فحق الوارث
قد تعلق برقبة العبد قبل الكتابة بمرض المورث حالا لا مؤجلا فمتى كاتبه
المريض بالغبن تعلق حق الوارث بهما كما كان متعلقا بالرقبة لقيامه
مقامه ثم المورث يريد ان يؤجل ما تعلق به حق وارثه فيتوقف على اجازته
فالتاجيل من المورث تغيير لما تعلق به حق الورثة كما لو اقر بمال
مؤجل وكذبه المقر له يؤاخذ به فى الحال **باب**
من يكاتب عن العبد **قوله** وفى الاستحسان الخ توضيحه ان الكتابة
تتضمن تعليق العتق بالاداء ولزوم المال على العبد والحر القايل ان يصلح

اصيلا

في حق لزوم المال على العبد فهو يصلح اصيلا في حق تعليق العتق بالاداء فيكون
هذه الكتابة تعليقا لعتقه باداء القابل من غير توقف ويتوقف في حق لزوم
المال وصيرورته مكاتبا على قبوله قوله لا يرجع على العبد اي لا يضمنه
ما ادى الى المولى لانه متبرع والتبرع ينافي التضمين قوله كالامة اذا كوتبت
دخل اولادها في كتابتها وقد يشكل بان المولى اذا اعتق العبد الغايب
بطلت حصته من المكاتبة ولو اعتق الولد المولود في الكتابة لا يسقط شيء
من البدل وبان المولى اذا اعتق العبد الحاضر بطلت عنه الكتابة
ولا يعتق العبد الغايب والولد المولود في الكتابة يعتق عند اعتاق
المكاتبة والفرق ان الولد ليس بمقصود من بعقد الكتابة حيث لم يكن
موجودا وقت العقد بل دخل فيها تبعا فلا يسقط شيء من البدل
بمقابلته والعبد الغايب مقصود بالعقد فينقسم البدل فالحاصل
ان العبد الغايب تبع من حيث انه لا ضرر في انعقاد العقد في حقه
واصل من حيث ان العقد اضيف اليهما مقصودا فكان بدل الكتابة
منقسما لكن الغايب لا يؤاخذ به لانه لم يوجد منه القبول واما الولد
فتبع من كل وجه فلا يقابله شيء من البدل وهذا هو الجواب عن المسئلة
الثانية قوله غير مضطر اليه بل طلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن
لانه يفوت ملكه الثابت وقد يقال معير الرهن ما اعتبر مضطرا
الى اداء دين المستعير الا لحاجته الى استخلاص ماله والحاجة
الى استخلاص النفس عن ذل الرق اقوى منها فاولى ان يعتبر مضطرا الى اداء
بدل الكتابة ثم لم يعتبر مضطرا في الاداء لم يجبر على القبول اذ لا جبر الا
باعتبار كونه مضطرا الى الاداء فالاولى ان يقال لان الغايب في اداء
البدل عامل لنفسه لرجوع منفعته اليه وهو عتق رقبته فلا يرجع بما
نفعه يعود اليه على غيره بخلاف معير الرهن فان معظم منافع اداء الدين
براءة ذمة المديون عنه وهو حاصل للمستعير فكان المعير عاملا له مع
الاضطرار فجعل كالمأذون بذلك فيرجع عليه والله اعلم قوله لان
المكاتبة لا تحتمل النقل من ملك الى ملك فاقتصر امومية الولد على نصيبه
قلت المكاتبة ان كانت لا تحتمل النقل حال بقاء الكتابة فهي محتملة
بعد فسخها وفسخها من المولى ان كان لا يجوز الا برضاء المكاتبة فقد وجدت
رضاها به دلالة لان فسخها لتكميل الاستيلاد نفع محض لها والعاقل
يأذن في التصرف النافع وذلك انها باستكمال الاستيلاد تتوسل
الى عتقها بلا بدل مع سلامة الاولاد والاكساب لها لانا نبقي الكتابة

في حقها

في حقها بعين ما مر في انفساخ الكتابة اذا اعتق المكاتب من قوله في الكتابة
وان كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضاء العبد والظاهر
رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة
في حقه هذا كلامه فكما يفسخ الكتابة في ضمن الاعتاق ويجعل راضيا
بالفسخ دلالة يفسخ في ضمن الاستيلاد ايضا ويجعل المكاتبة راضية
بالفسخ دلالة لا يقال ان الرضاء من المكاتبة بالفسخ ان وجدت
من المكاتبة فلم توجد عن الشريك بخلاف الاعتاق المولى مكاتبه
فانه قد وجد الرضاء هناك من المولى ايضا فتم المراضاة فافترقا وفيه
نظر لان المكاتب يستبد بفسخ الكتابة فلا يطلب الا رضاه وقد وجد
رضاء المكاتبة هنا فالاوجه في الجواب انا لا نسلم ان فسخ الكتابة هنا
محض نفعا بل هو نفع يشوبه ضرر لانه لو فسخت الكتابة هنا الفسخ برضاها
ويعتبر الفسخ منها باختيارها وكل فسخ ثبت باختيار العبد ظهر في حق
عدم سلامة الاولاد والاكساب وفي عدم سلامتها لها ضرر ظاهر وما
ذكر في اعتاق المكاتب من جعله راضيا بالفسخ فهو منظور فيه لان الفسخ
بالاعتاق لو كان برضاء العبد لم يسلم له الاكساب فكان ضررا انما
يبقى الكتابة في حق الاكساب مع انفساخها اذا كان الانفساخ جبريا
لا اختياريا فالاولى في الاعتاق ان يقال ان الكتابة تنفسخ في ضمنه
والفسخ الضمني من المولى لا يتوقف على رضاء المكاتب انما المتوقف عليه
الفسخ قصدا ونقول في انفساخ الكتابة هنا يتضرر المكاتبة وان لم يظهر
الانفساخ في حق الاكساب وذلك انه يتحول البدل الى المستولد الاول
والناس يتفاوتون في الطلب فبعضهم يطلبون باحسن وجه وبعضهم
يقبضون باسوء طريق فلا يتعين النفع في انفساخ الكتابة ههنا مع بقائها
في الاكساب فلا يثبت الرضاء منه بالفسخ دلالة ولا الكتابة الا برضاء
العبد صريحا او دلالة ولم يوجد هنا قوله ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة
الولد فان قلت ينبغي ان يكون حرا بلا قيمة على قول ابي حنيفة رح لان وجوب
القيمة في ولد المغرور لما ان المالية يتلف في الولد بحريته فيضمن الاب
قيمتها وهنا الولد تبع لامه وهي غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة
فكان حرا بدون القيمة قلت عن ابي حنيفة رح في تقوم ام الولد روايتان
فيكون متقوما على هذه الرواية فكان حرا بالقيمة كما في الشاهان وفيه
نظر لما ذكر الشارح المحقق في اول باب البيع الفاسد ان الروايات
عن ابي حنيفة رح اتفقت انها لا تضمن بالبيع والغصب فاذا كان في تقوم ام الولد

روايتان عنه لكان ينبغي ان يكون عنه روايتان في كونها مضمونة بالبيع
والغصب لان ضمانهما يدور مع التقوم وجودا وعدما على ان القيمة
انما تجب على المغرور بالمنع من المالك كما في ولد المغصوبة حتى يعتبر قيمته يوم
الخصومة لانه يوم المنع وبالمنع يصير غاصبا وقد ذكر الشارح مصرحا
ان ام الولد لا تضمن بالغصب عنده باتفاق الروايات فينبغي ان يكون
ولدها كذلك واجاب الشارح بقوله **قلنا** قد قيل هذا الجواب على قولهما
واما عند ابي حنيفة رح فينبغي ان لا يضمن شيئا من قيمة الولد كحكم الام
فلا يضمن باسباب الضمان تم لفظه **فان قلت** كيف يكون هذا الجواب
على قولهما وهما ان كانا يقولان بتقوم الولد فهما لا يوجبان القيمة
على الثاني لان الولد رقيق عندهما وليس بحر بالقيمة **قلت** كانه اراد
ان هذا الجواب من ابي حنيفة رح بناء على ما قالا من تقوم الولد يعني ينبغي
ان يضمن كمال قيمته على اصل من يقول بتقومهما وان كان هو لا يقول
بالضمان بوجه اخر فالاظهر ان يقال ان ابا حنيفة رح لما حكم بحرية
الولد زعما منه ان ولد المغرور ولد حر بالقيمة باجماع الصحابة
اوجب القيمة ايضا باجماعهم على خلاف القياس صرح بهذا في الذخيرة
في كتاب الغرور حيث قال اشترى ام ولد لرجل ومدبرة او مكاتبة
من غير المولى فوقع عليها فجاءت بولد فان على المستولد قيمة الولد والعقر
لمولى المدبرة وام الولد وقيمة الولد والعقر للمكاتبة وهذا الجواب
ظاهر في حق المدبرة وفي حق ام الولد هذا الجواب ظاهر على قولهما
مشكل على قول ابي حنيفة لان ولد ام الولد لا يضمن بالبيع والغصب عنده
فكيف يضمن بالمغرور والجواب ان ايجاب ضمان الولد بالغرور ثابت
باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم اجمعوا على ان ولد المغرور حر بالقيمة
بلا تفصيل الا ان ايجاب ضمان الولد في بعض المواضع حصل على موافقة
القياس كما في ولد الامة والمدبرة لان المستولد منع مالا متقوما عن المستحق
فكان ضامنا بالنص بالقياس وفي ام الولد الضمان على قول ابي حنيفة رح
ثابت باجماع الصحابة بخلاف القياس من الوجه الذي قلنا هذا لفظه
وبهذا ظهر ان وجوب قيمة الولد في مسئلتنا ليس بناء على ان ام الولد
متقومة عنده في رواية والا يجب ان يكون في هذه المسئلة ايضا روايتان
وكذا يجب ان يكون في مسئلة الذخيرة ايضا روايتان وليس هذا بناء
على قولهما ولكن هذا ايضا مشكل وهو ان ولد المغرور قد يكون حرا
بلا قيمة اذا وجد المانع من ايجابها الا يرى انه اذا اغار اهل الحرب

على قرية

على قرية المسلمين وفيها امهات الاولاد والمدبرات والمكاتبات واحرزوهن
بدارهم وقسم ذلك بينهم فاستولدوهن ثم اسلموا او صاروا ذمة كانت
مردودات على مواليهن لانهن لم يملكن بالسبي واولادهن ثابت النسب
من الاباء لانهم وطئوهن بشبهة الملك فكانوا بمنزلة المغرور وولد
المغرور حر ثابت النسب منه فكذا هؤلاء الاولاد ولا عقر على الاباء
لانه بدل منفعة البضع ولو اتلفوا حال حربهم انفسهن لم يضمنوا فكذا
اذا اتلفوا منافع بضعهن وكذا ليس عليهم قيمة الاولاد وان صاروا
مستهلكين الاولاد على المولى بحكم الغرور لانهم حال ما وطئوهن
كانوا محاربين وذلك يمنع وجوب الضمان عليهم باستهلاك سائر اجزائهن
حقيقة فكذا باستهلاك هذا الجزء وهو الولد بحكم الغرور كذا ذكر
في الذخيرة ايضا فانظر انه لما تعذر ايجاب القيمة على اهل الحرب المغرورين ١
لكونه مخالفا للقياس لم يجب عليهم باجماعهم على ان ولد المغرور حر بالقيمة
من غير تفصيل فكذا ينبغي ان لا يجب قيمة ولد المغرور اذا كان ام ولد الغير
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان عدم تقومه مانع من ايجاب قيمته وجوبه
ان عدم تقوم ام الولد وولدها مجتهد فيه فلا يجوز تقييد الاجماع
المطلق به وفي مسئلة اهل الحرب قيدنا الاجماع بدلالة اجماع اخر
وهو انه لا ضمان عليهم فيما اتلفوا حال حربهم ودلالة الاجماع يصلح
مقيدا الاجماع اخر هذا والكلام بعد محل نظر وقد ذكرنا هذا البحث
مع جوابه في باب دعوى النسب فان رغبت فعليك به **قوله** بخلاف
المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا
قلت لما اقدم على شرى المكاتب مع العلم بان الكتابة لا يحتمل الفسخ فقد
رضي ببقائه مكاتبا فيجب ان ينفسخ الكتابة في حق انتقاله الى المشتري
ويبقى مكاتبا فيما وراه حتى يعتق باداء البدل الى المشتري كما ينفسخ ههنا
في تكميل الاستيلاد وانتقاله الى المستولد مع بقاء الكتابة فيما وراه
حتى يعتق باداء البدل اليه ولا ضرر في حق المكاتب بانفساخ الكتابة
في حق الانتقال مع بقائها فيما سواه لا يقال المكاتب لا يرضى ببطلان
الكتابة في حق الانتقال الى المشتري ايضا لانه ربما يتضرر به بالانتقال
لانه اذا انتقل الى المشتري لصار مكاتبا له فيتحول حق طلب البدل اليه
والناس متفاوتون في طلب الدين واستيفائه فبعضهم احسن طلبا
وبعضهم اسوء لانا نقول فلا يرضى ببطلان الكتابة في حق الانتقال الى المستولد
ايضا لما فيه من تحول طلب نصف البدل اليه وانه ربما يتضرر فيه **قوله** لانه

بمنزلة المغرور وقد يقال بان المغرور من غره غيره كمن تزوج امراة زعمت
انها حرة فاذا هو امة والشريك الثانى هنا مغتر وليس بمغرور لانه
وطئها اعتمادا على انها ملكه فى الظاهر من غير ان يغره احد فيكون مغترا
لا مغرورا والموجب لحرية الولد هو الغرور دون الاغترار فان قلت
من تزوج امراة على ظن انها حرة من غير ان يخبره احد ثم استحقت فاولاده
ارقاء مع انه تزوجها معتمدا على ان الظاهر فى بنى آدم هو الحرية وجوابه
ان المغرور والمغتر سواء فى حرية الولد بالقيمة لاستوائهما فى العلة فان
كل واحد منهما لم يرض برق مائه صرح بهذا فى الذخيرة الا ان ولد المغتر
انما يكون حرا بالقيمة اذا اعتمد على دليل والمعتمد على ظاهر الحرية ليس بمعتمد
على الدليل اذ الظاهر ليس بدليل للوطى اما الشريك الثانى فقد اعتمد
فى وطئها على دليل وهو الملك القايم له فيها فيكون كالمغرور **قوله** فاما
قبل العجز فليس له ان يضمن الى قوله فلا يتغير نصيب صاحبه لانه مكاتبه
قبل ذلك **فان قلت** بالاعتاق يتقرر حكم الكتابة حتى لا يحتمل الفسخ
وقد كان يحتمله قبل الاعتاق وللتاكيد حكم الابتداء **قلت** التاكيد لا يربو
على حقيقة الايجاب ولو كاتب احد الشريكين نصيبه لا يضمن لصاحبه
شيئا فكذا اذا قرر حكم كتابته وفيه نظر لانه انما لا يضمن لشريكه اذا
كاتب نصيبه من عبد مشترك لان لشريكه ان يفسخ الكتابة فلا يتكاتب
عليه نصيبه فلا يتحقق التعدى فى حقه حتى لو صار نصيب احد الشريكين
مكاتبا باعتاق الاخر نصيبه عند ابى حنيفة رح يصير ضامنا لانه افسد عليه
ملكه فكذا اذا قرر حكم كتابته فلا نسلم ان ابتداء ايجاب الكتابة لا يوجب
الضمان حتى لا يمكن الحاق التاكيد به بل ذلك يوجب الضمان اذا تحقق
فكذا اذا اكد فاعرف **قوله** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما
ثم اعتقه الاخر الى آخره **قلت** ذكر هذه المسئلة بلا يم باب التدبير او كتاب
الاعتاق فاما ذكره فى كتاب المكاتب فى باب كتابة العبد المشترك ليس
فيها كتابة من احد الشريكين بل فيها تدبير احدهما ثم اعتاق الاخر او اعتاق
احدهما ثم تدبير الاخر فلا يلايم الله اعلم بما هو الصواب وغاية ما
يمكن ان يقال ان الكتابة والتدبير من واد واحد لان كلا منهما من شعب
الاعتاق فلا باس ان يذكر احدهما فى باب الاخر **قوله** فان دبر لم يبق له
اختيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبريا للمعتق عن الضمان
لان نصيبه كان قنا حين اعتق فكان تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك
العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف ما اذا دبر احدهما اولا

ثم اعتق

ثم اعتق الاخر فهناك نصيبه كان مدبرا حين اعتقه المعتق فلا يكون شرط التضمين
تملك العين ولهذا اذا غصب مدبرا فمات او ابق يضمن اما لو غصب قنا ثم دبره
المالك برئ الغاصب عن الضمان وذلك لان غصب القن قد وقع موجبا للضمان
بصفة تملك العين ولما دبره لم يبق صالحا للتملك والموجب بصفة لا يبقى موجبا
الا بتلك الصفة بخلاف غصب المدبر فانه وقع موجبا للضمان بصفة عدم تملك
العين فيبقى موجبا كذلك ولكن هذا انما يتم لو ثبت ان المدبر المغصوب اذا صار
قنا بفسخ التدبير بالقضاء سقط عنه الضمان لان غصب المدبر اوجب الضمان
بصفة عدم التملك وبعدما صار قنا بالقضاء لو وجب الضمان لوجب بصفة
التملك والموجب بصفة لا يبقى الا موجبا الا بتلك الصفة والله اعلم بالصواب

باب موت المكاتب

قوله ضربت لاداء
العذر راى عينت فى الشرع لاظهار ما يندفع به اللوم **قوله** وقال ابو يوسف رح
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان **قلت** ذكر ابو يوسف رح فى الامالى مرهنا انه اذا كانت
النجوم متفاوتة فانه يعجز اذا عجز عن نجم واحد ويرد فى الرق وان كانت النجوم مستوية
لا يرده فى الرق ما لم يتوال عليه نجمان **قوله** لقول على رض اذا توالى على المكاتب
نجمان رد فى الرق **فان قلت** التعليق لا يوجب العدم **قلت** نعم لكن بمعنى انه
لا موجب لبقائه على العدم بل جاز ان يثبت بدليل يوجبه اما كون المعلق معدوما
على خطر الوجود حالة التعليق فلا بد منه لصحة التعليق لاستحالة تعليق الموجود
فيقتضى الاثر المذكور انتفاء ولاية الفسخ بمضى نجم عند التعليق ثم لم يوجد
دليل يوجبه فيبقى معدوما كما كان وما ذكر من الدليل المعقول فذلك غير مسلم
عند ابى يوسف رح على ان الشيخ الامام فخر الاسلام ذكر فى بحث الشرط
ان صيغة الشرط لا تنفك عن معناه وهو العدم عند العدم فلو التزمنا
ذلك فالتمسك بالتعليق على عدم المشروعية بدون الشرط ظاهر **قوله**
والاثار متعارض **فان قلت** اذا تعارضت الاثار وجب ان لا يرد فى الرق
اذا عجز عن نجم واحد لان ولاية الرد لم يكن فلا يثبت عند المعارضة على ان
التوفيق ممكن بان يحمل المروى عن على رضى الله على ما اذا كانت النجوم متساوية
والمروى عن ابن عمر رضى الله عنه على ما اذا كانت متفاوتة كما ذكر ابو يوسف
فى الامالى **اجيب** بان ولاية الفسخ ان لم يكن ثابتا فلا منع من ثبوته بدليل
يوجبه وقد وجد الدليل المعقول كما ذكر فى الكتاب ولا مانع من اعتباره
سوى اثر على رض وقد سقط بالمعارضة والتوفيق على نحو ما ذكر ليس باولى
من العكس نعم يشكل بان تعارض الاثار اذا كانت مما يعقل كتعارض
الاقيسة وانه لا يوجب التساقط بل يجب العمل باحدهما بالتحرى وكل من الاثرين

هنا معقول المعنى حيث ذكر الدليل المعقول فى كل جانب قوله واما قد زيد بن ثابت فان قلت اثر الصحابى ليس بحجة عندك اجيب بان فيه قولين عن علمائنا قوله لان حقه اكد من حق المولى حتى لزم العقد فى جانبه اى جانب المولى حتى لا يتمكن من فسخه اما فى جانب العبد فغير لازم لتمكنه من الفسخ بدون رضاء المولى بالتعجيز كذا فى الشرح وذكر فى الشاهان ولا ينفسخ الكتابة بموت المولى وكذا بموت المكاتب بل جانب المكاتب اولى بالرعاية لان الكتابة لازمة فى حق المكاتب دون المولى فكانه جعل الضمير فى قوله فى جانبه للعبد والشارح جعله للمولى ووجهه ظاهر اما وجه المذكور فى الشاهان فلان المراد بلزوم العقد فى جانب العبد هو عدم تمكن الغير من فسخه وبهذا المعنى العقد لازم فى حق العبد لان المولى لا يتمكن من فسخه غير لازم فى حق المولى لان العبد يتمكن من الفسخ بالتعجيز ثم ما ذكر من ان حق العبد اكد من حق المولى من حيث ان المولى لا يتمكن من فسخه بلا رضاء او قضاء والعبد يتمكن منه رواية كتاب العتاق ورواية كتاب المكاتب ان العبد ايضا لا يتمكن من فسخ الكتابة بالتعجيز بلا قضاء قوله والموت ابقى للمالكية منه للمملوكية قلت بل الامر بالعكس الا يرى ان مالكية الزوج يبقى بعد موته حتى يصح ان يغسل المنكوحة ومملوكية المرأة لا تبقى بعد موتها حتى لا يصح ان يغسلها زوجها عندنا وهذا لانه لا يبقى بعد الموت الا ما يتعلق به حاجته وانه محتاج الى المالكية فيبقى بعد موته حتى بقيت التركة على حكم ملكه عند قيام الديون ولهذا تقدم جهازه ثم ديونه وصحت وصاياه كلها فاما المملوكية فمقهورية لا يتعلق بها شىء من حاجاته فيجب ان يبطل بعد الموت قوله او يستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة كذا فى الشرح فان قيل لو اريد بسبب الاداء العقد لاستند الى زمان العقد وليس كذلك بل الاستناد الى ما قبيل الموت اجيب بانا انما نثبت الاستناد بالضرورة وهى تندفع بالاستناد الى ما قبيل الموت فلا يستند الى اول العقد ثم انهم اختلفوا فمنهم من قال بانه يعتق بعد الموت بان يقدر حيا قابلا للعتق ومنهم من قال يعتق فى اخر جزء من اجزاء حيوته والى كلا القولين اشار المصنف بهذا الترديد ويرد على الاول انه لو جنى ابن المكاتب عن معتقه بعد موته عن وفاء ثم عقل موالى الام من جنايته يرجعون بما عقلوا على موالى المكاتب بعد اداء بدل الكتابة فلو كانت الحرية ثابتة بعد الموت مقتصرة لكان ينبغى ان لا يرجعوا بما عقلوا الى موالى الاب كما عقلوا من جنايته قبل موت المكاتب فانهم لا يرجعون هناك على موالى المكاتب

بعد

بعد عتقه لعدم استناد الحرية الى ما قبل الجناية فلو لم يكن حرية المكاتب مستندة الى ما قبل الموت لكان جناية ابنه من معتقه بعد موته كجنايته قبل موته وهناك لا يرجعون على موالى الاب فكذا هنا ويرد على الثانى انه لو ترك المكاتب ولدا ولد فى كتابته فمات قريب الولد قبل اداء بدل الكتابة ثم ادى لا يرث الولد عن قريبه بعد الاداء ولو كانت حرية المكاتب واولاده ثابتة قبل الموت بالاستناد لكان الولد حرا حال موت القريب فينبغى ان يرث منه وليس كذلك وكذا لا يرث الولد المولود من الولد الحر ان مات الولد الحر قبل اداء بدل الكتابة ولو استندت الحرية الى اخر اجزاء الحيوة لورث الا ان يجاب بان العتق بان العتق فى اخر اجزاء الحيوة ثابت بالاستناد بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق قريب الولد المولود وكذا لا يظهر فى حق ولد الولد الحر لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاستناد فى حقه قوله فان ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد وفى الذخيرة اذا مات المكاتب عن وفاء واديت مكاتبته وحكم بحريته فى اخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية الولد وام الولد ايضا فى ذلك الوقت واذا مات لا عن وفاء ويسعى الولد والام فى بدل الكتابة على نجوم المكاتب يحكم بحرية الولد والام ويحكم بحرية المكاتب مقصورا على الحال والحاصل ان فى الوفاء يستند العتق الى اخر اجزاء حيوة المكاتب وفى سعاية الولد المولود فى الكتابة لا يستند اليه بل يقتصر على الاداء وانما جاء الفرق باعتبار انه اذا مات عن وفاء فقد مات لا عن خلف لان المال لا يصلح خلفا والولد لا يصلح خلفا حال بقاء المال ولهذا لا يبقى النجوم ولا يعطى للميت حكم الحيوة وقت الاداء فمست الضرورة الى الاستناد واذا مات لا عن وفاء فقد مات عن خلف لان الولد يصح خلفا عنه حال انعدام المال ولهذا بقى المال منجما فاعطى للميت حكم الحيوة الى حين الاداء فيعتق للحال تبعا للحى هذا لفظه وهذا يخالفه لفظ الكتاب من قوله حكمنا بعتق ابيه قبل موته قوله فلا يسرى اليه حكم لكونه منفصلا وقت الكتابة وكان ينبغى ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات عن وفاء كذا فى الكافى وقد يشكل بان المكاتب اذا مات عن اب اشتراه فى كتابته فادى الاب مكاتبته بعد موته لا يقبل منه مع ان الاب كالابن المشترى فى ان كلا منهما لم يدخل فى كتابته وانما تكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الامكان والفرق ان الولد كسب المكاتب فيعتبر كسبه ككسب المكاتب ويجعل كانه مات عن وفاء اما كسب الاب فلا يمكن ان يعتبر كسبه ككسب المكاتب حتى يجعل كسبه كوفاء يتركه المكاتب والحاجة ماسة الى تصحيح اداء الابن المشترى فى الكتابة لحاجته الى نيل شرف الحرية فيعتق باداءه

ويصير المكاتب تبعا له في العتق بخلاف ما اذا مات عن ولد حر حيث لا يعتق بادا
لانه لا يحتاج الى تصحيح ادائه لعدم حاجته الى الحرية **فان قلت** ما جوابه عن ما
تمسكا به من ان المولى يملك اعتاق الابن المشترى ولو لم يكن داخلا في الكتابة
لما ملك اعتاقه كما يملك اعتاق مكاتب المكاتب **قلنا** الولد المشترى من حيث انه
تابع للمكاتب يشبه الولد المولود ومن حيث ان الكتابة لا تسرى اليه يشبه
من يكاتبه المكاتب قصدا فقلنا يصح اعتاقه من المولى عملا بشبه الولد المولود
ولا يثبت الاجل في حقه عملا بشبه مكاتب المكاتب ولم يعكس لان صحة الاعتاق
من لوازم الكتابة والاجل من العوارض فلو اعتبر كالداخل في كتابة المولى
في حق صحة الاجل وانه لا يلزم عقد الكتابة لزمنا ان نعتبر كذلك في الاعتاق
ايضا فلم يتحقق العمل بالشبهين ثم لقائل ان يقول اذا لم يسر الكتابة الى الولد
المشترى في حال الكتابة بل يجعل شراؤه كتابة تحقيقا للصلة كما مرت الاشارة
اليه لزم ان يكون ولاؤه للمكاتب دون سيده كما يكون ولاء ذي الرحم المحرم
لمشتريه والولاء هنا للسيد لان كلا من المكاتب والولد المشترى يعتق
باداء البدل الى السيد والولاء لمن عتق المكاتب بالاداء اليه والله اعلم
قوله لان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده يشير الى ان اكساب المكاتب
يملكه المولى كاكساب القن لكن ملكا غير متقرر لاحتمال بطلانه باداء
بدل الكتابة اذ لو لم يدخل في ملك احد لكانت سايبة ولا سايبة في الاسلام
وهذا يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك بالعجز الا انه لا خبث في نفس الصدقة
انما الخبث في فعل الاخذ الى اخر ما ذكر ولقائل ان يقول التاكيد في حكم
الايجاب المبتدا في قواعد الشرع ولو كان الملك للمولى ابتداء حقيقة لطاب
له ما بقي في يد المكاتب من الصدقات بعد العجز فكذا اذا كان في حكم التملك
الابتداي باعتبار ان للتاكيد حكم الايجاب كما قالوا فيما اذا شهدوا بالطلاق
قبل الدخول ثم رجعوا انهم ضمنوا نصف المهر الذي اداه الزوج اليها لانهم وان
لم يوجبوا النصف لانه كان واجبا بالنكاح لكنهم اكدوه لان المهر كان
على شرف السقوط بالارتداد وتمكين ابن الزوج فلما شهدوا بالطلاق فقد
اكدوه فكانهم اوجبوه ابتداء فيضمنوا وكما قالوا في محرم اخذ الصيد وقتله
محرم اخر انه يجب الضمان على كل من الاخذ والقاتل اما على الاخذ فلانه
يعرض الصيد للامن واما القاتل فلانه قرر ذلك والمقرر حكم الاخذ
كما مر في الكتاب **قوله** وله ولد من حرة اي معتقة بدليل ما سيأتي من قوله
وان اختصم موالي الام وموالي الاب اذ الام انما يكون لها موالي اذا كانت معتقة
لا حرة اصلية **قوله** وترك دينا انما قال دينا لانه لو ترك مالا عينا يودي

بدل

بدل الكتابة منه في الحال فيقضي بالدية على موالي الاب **قوله** لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة لان حكم بقاء كتابة الاب ان يقضي بالدية
اذا جنى ولده بعد موته على موالي الام قبل اداء بدل الكتابة ثم اذا ادى
بدلها وحكم بعتق ابيه في اخر جزء من حيوته ترجع موالي الام الى موالي
ابيه فيكون القضاء بالدية على موالي الام بشرط انه لو عتق الاب
بالاداء رجع موالي الام الى موالي الاب تقريرا لحكم الكتابة فلا يكون
فسخا لها بخلاف ما اذا اختصم موالي الام وموالي الاب بعد موت
المكاتب عن وفاء في ولاء الولد وميراثه فيقول موالي الام ان ولاءه
مستقر علينا وميراثه لنا لان المكاتب مات عبدا متمسكا بقول من يقول
ان المكاتب اذا مات عن وفاء مات على نعت الرق وانفسخت الكتابة
وقال موالي الاب ان ولاءه بعد اداء بدل الكتابة مستقر علينا وميراثه
لنا متمسكا بقول من يقول ببقاء الكتابة بعد موت المكاتب عن وفاء
وعتقه بعد الاداء في اخر جزء من حيوته فاذا قضى القاضي باستقرار الولاء
لموالي الام وحكم بارث الولد لهم فقد حكم بانفساخ الكتابة بموته
عن وفاء اخذا بقول البعض فينفذ القضاء لمصادفته فصلا مجتهدا
فيه فوضح الفرق بين المسئلتين لان القضاء في المسئلة الاولى
قضاء بالدية على موالي الام بحيث يرجعون على موالي الاب اذا عتق
بالاداء وهذا ليس بفسخ للكتابة بل تقرير لها وفي الثانية القضاء
قضاء باستقرار الولاء لموالي الام اذ ميراث الولد لا يستحق الا من
تقرر الولاء له بحيث قضى بميراثه لموالي الام فقد قضى بتقرر الولاء لهم
وانه يتضمن القضاء بانفساخ الكتابة حيث لا يتقرر الولاء لهم الا بانفساخ
الكتابة ولما قضى بانفساخها فقد صادف قضاؤه فصلا مجتهدا فيه
فينفذ بالاجماع **قوله** لانه بالعجز عنده يتبدل الملك حتى ان المكاتب
لو اجر امته ظئرا او اجرت المكاتبة نفسها ظئرا ينتقض الاجارة بالعجز
لان المولى يملك الكتابة بالعجز ملكا مبتدا فكان العقد واقعا للمكاتب
فلو بقي لبقي للمولى وهذا لا يجوز كما اذا مات الموجر او المستاجر ولا ينتقض
عند ابي يوسف رح لان العقد ورد على منافعها وهي مملوكة للمولى
من وجه وللمكاتب من وجه لان المكاتب رقيق والرق ينافي الملك
وسبب ملك المولى قايم وهو ملك الرقبة الا انه يثبت له نوع ملك
لحاجته الى الاداء فبالعجز يتقرر ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر
للمكاتب بالعتق **قوله** لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ

قلت هذا يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله في اصوله
ان الصدقة تقع لله تعالى بابتداء قبض الفقير قربة مطهرة للمزكي عن نجاسة
الاثام فيصير من الاوساخ كالماء المستعمل قال النبي عليه السلام يا بني هاشم
ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وعوضكم منها بخمس الخمس وقد كانت النار
تنزل في الامم الماضية فتحرق المستقبل منها لخبثها وصيرورتها من الاوساخ
كالماء المستعمل واحلت لهذه الامة بعد ان يثبت خبثها بشرط الحاجة والضرورة
كما تحل الميتة بالضرورة كذا في البزدوي وحواشيه فظهر بهذا الفقه ان
الخبث تمكن في نفس الصدقة واليه اشار المصنف في كتاب الطهارة
حيث شبه الماء المستعمل بمال الصدقة فقال هو طاهر غير طهور لان ملاقاة
الطاهر لا يوجب النجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفاته كمال الصدقة
تم لفظه وهذا اشارة الى ان الخبث تمكن في نفس الصدقة لا كما قال هنا
ثم قوله لا خبث في نفس الصدقة الخ يشكل بما مر ان الفقير اذا اباح للغني
لم يجز له التناول فلو لم يكن الخبث في نفس الصدقة لجاز التناول للغني اذا
اباحه الفقير كما جاز للفقير اذا استغنى وابن السبيل اذا وصل الى وطنه
فالفرق بين ما اذا اباح الفقير للغني وبين ما اذا وصل ابن السبيل الى وطنه
مشكل اللهم الا ان يلتزم جواز التناول للغني عند اباحة الفقير على هذا
الطريق كما هو مختار بعض المشايخ على ما ذكر في الذخيرة وقد وقع التصريح به
في بعض الحواشي وقد ذكرناه في الشهادات وايضا يشكل بالصدقة النافلة
فانه يحل للغني اخذها مع ان اخذها اذلال به فلو كانت الحرمة باعتبار
الخبث في فعل الاخذ لاستوت النافلة والمفروضة وجوابه ذكر في اول الكتاب
فعليك به قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه
يدفع او يفدي قلت التقييد بقوله ولم يعلم بالجناية اشعار بانه لو كان
عالما به فالجواب غير هذا ولكن ذكر في الايضاح ما يدل على ان الجواب
في الفصلين واحد حيث قال ولو ان المولى كاتب العبد الجاني وهو يعلم ثم
عجز فان كان خوصم قبل ان يعجز فقضى القاضي بالدية ثم عجز لم يدفع القضاء
لان الموجب قد استحكم فيه باتصال القضاء وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان
له ان يدفعه لان الدفع لم يفت على سبيل الاحكام لاحتمال ارتفاع فوات
الدفع بالعجز وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا بالكتابة لانه نفذ
الدفع باعتبار زوال اليد واليد انما يعود بسبب جديد كذا ذكر الشارح
في باب جناية المملوكة نقلا عن الايضاح نعم انه اذا لم يعلم بالجناية حتى كاتبه
فانه اذا خوصم قبل العجز يقضي القاضي بالقيمة لا بالدية نص عليه في الكافي

وعلله بقوله لانه لما كاتبه وهو لا يعلم لزمته قيمته لان اختيار الفداء لم يثبت
وقد امتنع الدفع بفعله فيغرم قيمته واذا علم بالجناية ثم كاتب فخوصم قبل ان يعجز
يقضى بالدية كما ذكر في الايضاح فقد افترقت الكتابة بعد العلم بالجناية
والكتابة قبل العلم بها في انه لو خوصم المكاتب قبل العجز فيما اذا علم بالجناية
ثم كاتب يقضي القاضي بالدية واذا خوصم قبل العجز فيما اذا لم يعلم بالجناية حتى كاتب
يقضي بقيمة العبد وان كانت الكتابتان لا تفترقان في انه لو خوصم المكاتب
بعد العجز حيث يدفع او يفدي بالدية في الوجهين ولكن المذكور هو الحكم بعد العجز
من قوله يدفع او يفدي وبعد العجز قبل الخصومة فيما اذا كاتب بعد العلم بالجناية
او قبل العلم بها واحد وهو العود الى الحكم الاصلي اعني الدفع او الفداء
ثم ما ذكر في الكافي من قوله لان الفداء لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله
فيغرم قيمته مشكل لانه كما لا يصير مختارا للفداء بالكتابة قبل العلم بالجناية
لا يصير مختارا له بالكتابة بعد العلم بالجناية ايضا لاحتمال الكتابة الفسخ
وكون المانع من الدفع قابلا للزوال فلم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي
الا بالقضاء او بالرضاء فاذا لم يكن مختارا للفداء وقد امتنع الدفع بفعله يغرم
قيمته بعين ما ذكر فيما اذا كاتب قبل العلم بالجناية وقد ذكرنا من الايضاح
انه يقضي في هذا بالدية ثم المدبر او ام الولد اذا جنى غرم المولى الاقل من القيمة
والارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر
من القيمة فيجب الاقل منهما وكذا اذا جنى العبد والامة ثم دبره او استولدها
وهو لا يعلم بالجناية يجب الاقل من القيمة والارش وكما لا يصير مختارا للفداء
في جناية او استيلاد الجانية بدون العلم بجنايتها لا يصير مختارا بكتابة
الجاني ولو مع العلم بالجناية لاحتمال ارتفاع المانع من فيجب ان يؤخذ
بالاقل من الارش والقيمة حيث وقع انه يقضي بالدية فكانه اراد اذا كانت
الدية اقل من القيمة وحيث وقع انه يقضي بالقيمة فكانه اراد اذا كانت القيمة
اقل من الدية فلا منافرة وفي حاشية الكنز عند قوله وان جنى عبد فكاتبه
سيده جاهلا بها فعجز دفع او فدى انما قيد به اي بقوله جاهلا بها لانه لو كان
عالما بالجناية عند المكاتبة يصير مختارا للفدية هنا لفظها وانه خلاف
الرواية لما ذكرنا من الايضاح واليه يشير التعليل المذكور في الكافي
كما ذكرنا نعم ذكر في الايضاح قبل هذا انه لو كاتب العبد الجاني كتابة
فاسدة بان كاتبه على خمر او خنزير يصير مختارا للفداء بمجرد العقد بخلاف
البيع الفاسد فان هناك لا يصير مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري
والفرق ان موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق

بالاداء فكانت الكتابة الفاسدة نظير البيع بعد القبض كذا ذكر الشارح ايضا
فى باب جناية المملوك ولا يخفى ان المولى اذا اختار الفداء بكتابة العبد الجانى
كتابة فاسدة فهو اولى ان يكون مختارا له بالكتابة الصحيحة وكيف لا يكون
مختارا للفداء بالكتابة فانه يصير مختارا بالبيع بشرط الخيار للمشترى
وان البيع غير لازم فى حق المشترى للزومه فى حق البايع فكذا الكتابة
ان لم تكن لازمة فى حق العبد لتمكنه من فسخها بالتعجيز وهى لازمة
فى حق المولى فيكون بها مختارا كما يصير مختارا له بالبيع بخيار المشترى
فكانه قيد بقوله ولم يعلم ليكون الجواب على الاتفاق **قوله** بخلاف
التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال وقد يقال بل التدبير
يحتمل الانفساخ بقضاء القاضى فينبغى ان لا يجب القيمة فيه قبل القضاء
اللهم الا ان يعتبر الندرة فان انفساخ التدبير بالقضاء نادر فكان
ملحقا بالعدم **قوله** لانا نجعله ابراء اقتضاء وتحقيقه ان الاعتاق
من الورثة لما تعذر حقيقة لعدم الملك لهم فى المكاتب وجب ان يجعل
مجازا عن التسبب للعتق بلا عوض والتسبب بلا عوض لا يكون الا بالابراء
عن البدل فقدرنا الابراء اقتضاء تصحيحا للتسبب ولا يمكن ان يجعل
الاعتاق مجازا عن الابراء اذ لا ملازمة بين الاعتاق والابراء فى اصل
الوضع **وفيه نظر** اذ السبب للاعتاق هنا ليس الا الابراء والمقتضى
يجب ان يكون غير المقتضى وبالجملة انه ان اريد بالاعتاق حقيقته لم يصح
لعدم تصور الاعتاق من الورثة لانعدام الملك لهم فلا يتصور صحة المقتضى
وان اريد التسبب للاعتاق لم يمكن اثبات الابراء اقتضاء لكونه عين
التسبب للاعتاق هنا فالاظهر ان يجعل الاعتاق مجازا عن حصول
العتق من قبلهم لانه كانهم قالوا حصل عتقك من قبلنا ولن يحصل
العتق لهم من قبلهم الا بابرائه عن بدل الكتابة فثبت

كتاب الولاء خص ايراده بعد الكتابة
لئلا يتوهم انتفاء الولاء فى المكاتبة باعتبار معنى العوضية اعتبارا بالبيع
قوله وسببه العتق على ملكه فى الصحيح احتراز عن قول اكثر اصحابنا فانهم
يقولون سببه الاعتاق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف
فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق كذا فى الشرح
وفيه نظر لان الاكثر لا يقولون بالولاء فى هذه الصورة نص عليه فى الشافى
حيث ذكر فيه قوله فى الصحيح نفى ما قاله بعضهم ان سببه الاعتاق فعندهم
اذا ملك قريبه فعتق عليه لا يثبت الولاء لعدم الاعتاق فالاولى ان يقال

فى وجه الصحة ان الولاء يضاف اليه يقال ولاء العتاق لا ولاء الاعتاق
والاضافة دليل السببية **قوله** حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له
قلت ان كان الولاء فى صورة الوراثة بالاتفاق كما اشار اليه الشارح كان
هذا تأييدا ودليلا على قوله فى الصحيح وان كان على الاختلاف كما ذكر فى الشافى
كان تفريعا **قوله** لانه عتق على معتق الام مقصودا **قلت** فرق هنا بين الولد
القايم فى بطنها عند اعتاقها والولد الذى تعلق بعد اعتاقها فجعل الاول
معتقا قصدا والثانى تبعا للام بطريق السراية كيلا ينفصل عن الحرة ولد
رقيق وبنى عليه ان الولاء لا ينجر فى الاول الى موالى الاب اذا عتق وفى الثانى
ينجر ولكنه ذكر فى كتاب الاعتاق انه ان اعتق حاملا عتق حملها تبعا اذ
هو متصل بها هذا لفظه فقد نص بان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لا مقصودا
على خلاف ما نص به هنا من انه يعتق مقصودا حتى لا ينجر ولاؤه ابدا ولو كان
عتقه تبعا للام اذا اعتقت وهى حامل لانجر ولاؤه ايضا هب انه اراد ثمة
من قوله عتق حملها تبعا انه لا يحتاج الى اعتاق على حدة ولكن لفظ الكافى
ثمة لا يقبل التأويل حيث قال عند قوله تبعا اذ الصفات الشرعية الحكمية
الثابتة فى الامهات تسرى الى الاولاد هذا كلامه وانه تصريح بان عتق
الحمل باعتاق امه بطريق السراية منها اليه لا مقصودا وهكذا ذكر
فى الذبايح فى الجواب لهما من قبل ابى حنيفة فى مسئلة ان ذكوة الام هل تكون
ذكوة للجنين حيث قال ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق كما سيأتيك
ان شاء الله تعالى وجوابه ان الحمل جزء من حيث انه ينفصل عنها بالمقراض ونفس
بنفسها ويتغذى بغذائها ونفس على حدة لانه حى بحيوة نفسه لا بحيوة الام
حتى يجب له دية على حدة فمن حيث انه جزء يعتق باعتاق امه اذا كان فى بطنها
عند اعتاقها مقصودا لان اضافة الاعتاق اليها اضافة الى جميع اجزائها
ومن حيث انه نفس على حدة يعتق باعتاقها تبعا بطريق السراية فان قيل بانه
يعتق مقصودا فله وجه كما ذكر هنا وان قيل بانه يعتق تبعا بطريق السراية
كما ذكر فى الاعتاق والذبايح فله وجه ايضا ثم كونه مقصودا بالاعتاق
يقتضى ان لا ينجر ولاؤه الى موالى الاب وكونه تبعا يقتضى ان ينجر فقلنا لا ينجر
ولا يبطل ولاء موالى الام بالشك وفى مسئلة الذبح اخذنا بالاحتياط
لان جهة الجزئية تقتضى ان يحل بذكوة الام وجهة الاصالة تقتضى ان لا يحل
فقلنا لا يحل احتياطا هذا ولكن لقائل ان يقول فعلى هذا لو اعتق الاب
اولا ثم اعتقت الام وهى حامل وجب ان يكون الولاء لموالى الاب لان جهة كونه
مقصودا بالاعتاق يوجب ان يكون الولاء لموالى الام وجهة كونه تبعا تقتضى

ولو سلم ان الولاء فيما اذا عتق القريب بالارث يثبت لمن عتق عليه
فهو ايضا ليس بحجة على من جعل السبب هو الاعتاق اذ الاختلاف
لفظى راجع الى ان السبب هو الاعتاق بمعنى ثبوت العتق من قبله
ولو بغير اختيار منه او العتاقة فحجة الاول قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
رتب الحكم على المشتق فيكون معلولا بمأخذ الاشتقاق وهو الاعتاق
لكن بمعنى ان يكون معتقا بالاختيار او انه متحقق من قبله العتق ولو
بغير اختيار منه وحجة الثانى اضافة الولاء الى العتاقة حيث يقال
ولاء العتاقة والاضافة دليل السببية صح

ان يكون لمولى الاب والاصل ان يكون الولاء لمولى الاب لانه كالنسب
فلا يبعد لعنه بالشك **قوله** فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه عن موالى
الام لما ان الاصل ان يكون الولاء لموالى الاب **فان قلت** الجر انما يثبت
عند التيقن بعدم الولد عند الاعتاق ولم يتيقن ههنا لانه يجوز ان تلد
لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق فلا يثبت الجر بالشك **قلت** الحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات فيكون الانعلاق بعد عتق الام فيثبت الجر
كذا فى الشاهان **وفيه نظر** لما ان المطلقة الرجعية اذا ولدت لاقل
من سنتين بيوم لا يكون رجعة لانها يحتمل العلوق بعد الطلاق فكان
رجعة واحتمل قبل الطلاق فلا يكون رجعة ولا يثبت الرجعة بالشك
ولا يخفى ان العلوق حادث مع ذلك لم يضف الى اقرب الاوقات
وهو ما بعد الطلاق حتى يكون رجعة فلا بد من وجه الفرق ووجه الفرق
يخرج مما ذكرنا فى باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فعليك به
ووجه اخر ان الحادث ان كان يضاف الى اقرب الاوقات فاحتمال
حدوثه قبل ذلك ثابت والرجعة لا يثبت مع الاحتمال حيث يتعلق به
الحل وانه لا يثبت مع الشبهة بخلاف الاعتاق مقصودا او تبعا فانه يثبت
مع الشبهة فلا منع من الاضافة الى اقرب الزمان فى حقه نعم يشكل
بان هذا تمسك بالظاهر لاثبات الاستحقاق لان الحادث انما يضاف
الى اقرب الزمان باعتبار الظاهر والحاجة هنا الى اثبات استحقاق الولاء
للاب فالاولى ان يقال ان الاصل ان يكون الولاء للاب لكونه بمنزلة النسب
والنسب الى الاباء الا ان اعتاق الولد مقصودا يمنع الولاء وفيما اذا ولدت
لاكثر من ستة اشهر وقع الشك فى كونه مقصودا بالاعتاق فلا يثبت
المانع بالشك والموجب للجر وهو عتق الاب قد تحقق فيعمل به **قوله**
وبعد الطلاق الرجعى لما انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح
وفيه بحث لان الاحتراز عن صيرورته مراجعا بالشك ان كان يمنع
الاضافة الى ما بعد الطلاق فلا يوجب الاضافة الى حالة النكاح بل يكفيه
التردد بين ان يكون العلوق قبل الطلاق وبعده كما اشار اليه المصنف
فى باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق حيث قال فان جاءت المطلقة
الرجعية بالولد لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت
نسب ولدها لوجود العلوق فى النكاح او فى العدة ولا يصير مراجعا لانه
يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك هذا
لفظه **قوله** فان كان للمعتق عصبة من النسب قيد بالنسب احترازا عن العصبة السببية

وهو مولى الموالاة فان المعتق مقدم عليه كذا فى شرح الكنز ولا يقال
كيف يتصور ان يقدم المعتق على مولى الموالاة للمعتق وسيأتيك ان المعتق
ليس له ان يوالى احدا لانا نقول جاز ان يكون لرجل مولى العتاق ومولى الموالاة
بان تزوج نبطى كافر بمعتقة ثم اسلم النبطى ووالى رجلا ثم ولدت اولادا
كان اولادها لمواليها دون مواليه تقديما لولاء العتاقة على مولى الموالاة
على ما مر تقريره فى الكتاب **قوله** بدليل الحديث الثانى **قلت** وفى قوله
عليه السلام كنت انت عصبته ايضا اشارة خفية اليه والا كان المناسب
ان يقول كنت انت وارثه **قوله** وتأويله اى تأويل قوله وان لم يكن له عصبة
فميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض وهو
العصوبة كالاب اما اذا كان فلا اى فلصاحب فرض ذى الباقى بعد فرضه
ولا شئ للمعتق لانه اى لان صاحب فرض ذا حال سوى حال الفرض عصبة
نعلى هذا المعنى قوله على ما روينا متصل بقوله فميراثه للمعتق او المعنى تأويله
اى تأويل قوله فميراثه للمعتق بمعنى وكل ميراثه للمعتق اذا لم يكن هناك
صاحب ذو حال واحد كبنت المعتق مثلا اما اذا كان اى صاحب فرض
ذو حال واحد فلا اى فللمعتق الباقى بعد فرضه اى فرض صاحب فرض
ذى حال واحد لانه عصبة اى لان المعتق عصبة على ما روينا من قوله
عليه السلام ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وهذا الوجه
اوجه لانه علل قوله فله الباقى بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة
الى قوله كنت انت عصبته فهذا يقطع بصحة المعنى الثانى واما جعل قوله
على ما روينا متصلا بقوله فميراثه للمعتق على معنى ان ميراثه ثابت لاجل ما
روينا فبعيد جدا ولانه لو كان المعنى اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال
اى ذو حال سوى حال الفرض وهو العصوبة لم يحتج الى هذا التأويل
اذ لو كان هناك صاحب فرض هو عصبة لا يكون ميراثه للمعتق لانه معلق
على عدم العصبة فلا يكون له ميراثه عند وجود صاحب فرض هو عصبة
لعدم الشرط فكان تعليق الميراث على عدم وجود العصبة مغنيا عن هذا
التأويل **قوله** ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن
او كاتبن الخ انما قال ما لان الاناث من العقلاء يجرين مجرى غير العقلاء
كذا قيل **وفيه نظر** لان هذا الوجه انما يستقيم ان لو كان المراد بقوله ما اعتقن
النساء وليس كذلك لان الولاء كما يثبت لهن باعتاق الجارية يثبت
باعتاق الغلام فيكون المراد به النساء والرجال وغاية ما يقال ان
اكثر ما تعتق المرأة الجوارى مثلا لانهن لا يملكن فى الغالب الا الجوارى

واما القوله عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه
عضوا من النار فيكون الا نفع لهن اعتاق الجوارى ليكون كل عضو من المعتقة
معتقا بكل عضو من المعتقة فلما كان اعتاقهن في النساء اغلب منه
في الرجال غلب النساء على الرجال فاستعمل لفظ ما الجريهن مجرى غير العقلاء
ثم النكتة اللطيفة في استعمال كلمة ما دون من هو التنبيه على ان الاولى
بحال النساء ان يعتقن من جنسهن ليتحقق مقابلة الاعضاء ومتى حصل
هذا التنبيه باستعمال لفظة ما مرة اتى بلفظة من بعد ذلك في قوله
او كاتبن من كاتبن جريا على الاصل وقيل النكتة في استعمال لفظ ما
دون من هي ان الرقيق بمنزلة الميت والميت جماد الا يرى انه بعد ما عتق
انصق بكلمة من فقال اعتق من اعتقن لانه صار بالعتق حيا حكما وجاز
ان يجعل كلمة ما مصدرية بمعنى الا اعتاقهن اى ولاء اعتاقهن **قوله**
او جر ولاء معتقهن قيل جر هنا مصدر منصوب معطوف على المضاف
المحذوف المقدر على قوله ما اعتقن اى ليس للنساء الا ولاء ما اعتقن
او جر ولاء معتقهن ويحتمل ان يكون جر فعل ماضيا معطوفا على اعتقن
اى الا ولاء من جر ولاء معتقهن وقيل جر فعل ماض ومعتقهن فاعل
وولاء تمييز من نسبة جر الى الضمير المفعول المحذوف اى الا ولاء من
جره معتقهن ولاء اى جر ولاءه معتقهن **قوله** لان الولاء لا يورث
ويخلفه فيه من يكون النصرة به يعنى ان الولاء ان كان لا يورث فهو
يستحق بطريق الخلافة بعلة النصرة والنصرة تعم جميع العصبات فيثبت الولاء
للكل غير انه يعتبر الاقرب فالاقرب **قوله** ومن شرطه ان لا يكون المولى
من العرب لان تناصرهم بالقبايل فاغنى عن الموالاة وقد يقال النص
الذى تلوناه وهو قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم مطلق عن قيد
ان لا يكون عربيا وتقييد الكتاب بالرأى غير جايز **كتاب**
الاكراه اورده بعد الولاء لمناسبة ان الاكراه اجبار والولاء
ايضا يثبت جبرا من الشرع حتى لو شرط المعتق ان لا ولاء عليه فالشرط
باطل والولاء لمن اعتق **قوله** اسم لفعل يفعله المرء بغيره اراد بالمرء
المكره بكسر الراء وبالغير المكره بفتح الراء والباء في بغيره بمعنى مع
اى الاكراه فعل يفعله المرء اى الحامل مع غيره وهو المحمول وهو تخويفه
اياه بقتل او ضرب او حبس **قوله** فينتفى به رضاه اى في الاكراه الكامل
او يفسد به اختياره اى في الاكراه الكامل وفي القاصر فينتفى به
اى فيما لا يصير آلة كالبيع او يفسد به اختياره اى فيما يصير آلة كالاتلاف

والاول

والاول اظهر **قوله** لان من شرط صحة هذه العقود التراضى اى التراضى
بالسبب لا بالحكم لانه ليس بشرط لصحة العقد فان البيع بشرط الخيار جايز
مع انعدام التراضى في الحكم **قوله** والفساد لفقد شرطه وهو التراضى
فصار كسائر الشروط المفسدة **وفيه بحث** لان الاكراه يعدم التراضى
في السبب والحكم وانعدام التراضى في الحكم يمنع ثبوت الملك كما في البيع
بشرط الخيار فانعدامه في السبب والحكم جميعا اولى وايضا السبب
انما يفيد الحكم اذا تم بنفسه وهذا السبب لا يتم بدون التراضى فلا يفيد
حكمه الا يرى ان خيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه وعلله المصنف
بقوله لان تمام هذا السبب بالمراضاة فلا يتم مع الخيار وفيه اشارة
الى قلنا وجوابه قد ذكرنا في خيار الشرط فلا يفيد تمام الحكم كبيع الهازل
حيث لا يثبت به الملك عند القبض ايضا **قوله** لفقد شرطه اى شرط
الجواز كذا في الشرح وقد يقال لا نسلم انه شرط الجواز بل هو شرط افادة
الملك الا يرى ان التراضى لما فات في بيع الهازل والبيع بشرط الخيار
والبيع الموقوف لم يثبت الملك في هذه البيوع فعلم ان التراضى شرط ثبوت
الملك **قوله** فصار كسائر الشروط المفسدة وقد يقال لو كان كساير
الشروط المفسدة لما اخذوا التراضى في تعريف البيع كما لم يؤخذ السلامة
عن ساير الشروط فيه وقد اخذوا التراضى في تعريفه فقالوا مبادلة
المال بالمال بالتراضى فعلم ان التراضى شرط تمام العقد وافادة الملك
لا شرط جواز العقد **قوله** وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضاء فيجوز فيه جواب عن قوله لانه بيع موقوف وحاصله انا سلمنا
انه موقوف ولكنه موقوف صحة لا نفاذا وبالاجازة يرتفع المفسد وينقلب
جايزا وليس كما ظن ان بالاجازة يرتفع مانع النفاذ فينفذ كبيع الفضولى
قوله ويلزمه القيمة اى يلزم المشترى القيمة وفي الذخيرة وكان له اى للمالك
الخيار ان شاء ضمن المكره قيمته يوم سلم الى المشترى والموهوب له وان شاء
ضمن المشترى والموهوب له اما تضمين المكره فلانه ازال يد المكره عن ماله بغير رضاه
لان تسليم المكره في حق ازالة اليد منقول الى المكره واما تضمين المشترى والموهوب
له فلانهما قبضا ماله لانفسهما بغير رضاه ثم ان اختار تضمين المشترى والموهوب له
كان له الخيار ان شاء ضمن قيمته يوم اعتق وان شاء ضمن قيمته يوم قبض لا يوم اعتق
لانه بالاعتاق اتلف على المولى حقه لان للمولى حق الاسترداد وان صار ملكا
للغاصب بخلاف ما سواه من الاشربة الفاسدة اذا اعتق المشترى حتى كان
للبايع حق تضمينه ضمنه قيمته يوم قبض لا يوم اعتق لما ذكرنا **قوله** لان الفساد فيها

لحق الشرع الخ **قلت** هذه النكتة ان كانت لا توجد في بيع المكره حتى توجب
انقطاع حق البايع في الاسترداد بتداول الايدي فالنكتة الثانية التي ذكرها
في البيع الفاسد بقوله ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني
مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف **قوله** اما ههنا الرد لحق العبد
وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني **قلت** يشكل بما اذا وهب مريض عبدا
قيمته مائة درهم وليس له مال سواه وقبضه الموهوب له ثم مات المريض وله
الف درهم على رجل وابى الورثة تسليم العبد الموهوب فان القاضي يجعل
للموهوب له ثلث العبد ويرد الثلثين على الورثة لان الدين ليس بمال مطلق
حتى لا يحنث به من حلف لا مال له وليس بصالح للقسمة فلم يعد مالا للميت
في حق القسمة فوجب تنفيذ الوصية وتسليم حق الورثة في العين كان ليس معه
غيره فان حل الدين وخرجت الالف وقبضها الوارث وتعين امر تسليم
العبد كله الى الموهوب له لان المانع قد زال فزال التوقف ولانه ان لم يكن
للميت مال نقضت الهبة في ثلثي العبد نقضا باتا ولو كان له مال عين يخرج
العبد من ثلثه لما صح النقض اصلا فاذا كان له دين وهو مال من وجه دون وجه
فسد النقض للحال فاذا خرج وتعين وجب رد النقض لفساده فان كانت
الورثة باعوا ما صار لهم من العبد ثم خرج الدين لا ينقض بيعهم لان النقض
وان كان فاسدا افادهم ملكا فاسدا عند القبض وعليهم قيمة ذلك كما قيل
في البيع الفاسد كذا في شرح الزيادات ووجه الاشكال ان فساد نقض
الهبة لحق العبد مع ذلك يبطل حق الاسترداد بتداول الايدي اللهم
الا ان يمنع فساد النقض في الحال بل هو يفسد بعد خروج الدين وبعد خروجه
ان كان يظهر فساده مستندا الى وقت النقض فالثابت بالاستناد يظهر
فيما يستقبل لا فيما مضى فلا يظهر في حق بيع قد انقضى **قوله** لان الفساد لفوات
الرضاء **قلت** بل شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وهو
من اهل الاستحقاق والفساد بهذا الشرط الذي هو في معنى الربوا حق
الشرع فيجب ان ينقطع حق الاسترداد للبايع عند تداول الايدي **قوله**
ومنهم من جعله رهنا وقد يقال لا علاقة بين البيع والرهن اذ لا اشتراك
بينهما في معنى من المعاني حتى يكون استعارة بالاتصال المعنوي ولا سببية
بينهما حتى يكون استعارة بالاتصال الصوري **قوله** باطلا اي فاسدا غير مفيد
للملك لا غير منعقد لانه جعله كبيع الهازل وانه منعقد حتى لو اسقطا الشرط
ينقلب جايزا **قوله** بيعا جايزا لانهما تلفظا بلفظ البيع من غير ذكر شرط فيه
كذا في الشرح **قلت** صورة هذا البيع ان يقول بعت هذا العين منك

بمالك

بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول بعت منك هذا
العين بالف درهم على اني متى اديت اليك الالف فهو لي وفي كل من هاتين
الصورتين شرط لا يقتضيه العقد فنفي الشرط انكار للحس **قوله** مفيدا
بعض الاحكام وذلك ان جوزه فقد جعل هذا الشرط متعارفا والشرط
المتعارف لا يفسد وان كان مما لا يقتضيه العقد كمن اشترى نعلا على ان يتركه
ومتى صح البيع ولزم الشرط المتعارف جعلنا مفيدا الملك لا انتفاع نظرا
الى كونه صحيحا غير مفسد جواز البيع من غيره محافظة على الشرط لان مقتضى
الشرط المذكور رد المبيع عند اداء الثمن الى المشتري والبيع من غيره
يبطل حق الاسترداد منه باداء الثمن فلا يفيد هذا البيع الا بعض الاحكام
قوله حيث يكون باطلا اي فاسدا لانه ذكر في المبسوط ثم بسبب الاكراه
تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة
الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد البيع لا يمنع وقوع الملك بالقبض
فاذا اعتقها او دبرها او استولدها فقد لاقى هذه التصرفات منه
ملكها فكانت نافذة وعليه ضمان قيمتها **قوله** لان مقصود الملك الاستحقاق
لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل
قلت كما ان الهبة لا تفيد الملك الا بالدفع كذلك البيع الفاسد لا يفيده
الا بالتسليم فلما اكره مع العلم بان بيع المكره فاسد والبيع الفاسد لا يفيد
الملك الا بالتسليم كان الاكراه على البيع اكراها على البيع اكراها على التسليم
اذ المقصود ثبوت الملك للمشتري وانه لا يثبت الا بالتسليم وقوله على ما
هو الاصل كالجواب عن هذه الشبهة اي الاصل في البيع ان يفيد الملك
بنفس العقد والتوقف على القبض بعارض الفساد ولكنه لا يستفي
عليه لان المقصود لما كان هو الاستحقاق وهو يتوقف على القبض هنا
وجب ان يكون الاكراه على البيع اكراها على التسليم **قوله** فعاد الكل الى الجواز
ونظيره ما ذكر في الجامع الاجر اذا باع المستأجر بغير اذن المستأجر وباع
المشتري منه ثم اجاز المستأجر البيع الثاني نفذ البيع الاول لان التوقف
لحقه فاذا اجاز البيع ظهر ان البيع الاول صدر من المالك فينفذ ويعمل
المقتضي السابق عمله وكذا الفضولي اذا باع وباع المشتري منه ثم وثم فاجاز
المالك واحدا منهما كذا في الشاهان **قلت** قوله وكذلك محل تامل لما ان
الرواية منصوصة ان الغاصب اذا باع المغصوب من اخر ثم وثم فاجاز المالك
واحدا من البيوع فانه ينفذ ما اجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع
من هذه البيوع يتوقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته احد البيوع

تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه اما المشتري
من المكره كان مالكا فالبيع في كل مشتر صادف ملكه وانما توقف نفوذه
على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازة
البيع الاول والاخر فلهذا نفذت البيوع كلها كذا ذكر في الشرح الا ان يقال
المراد بقوله وكذلك مماثلة التضاد دون التوافق اي وبعكسه الفضولي
الى اخره ومثل هذا التشبيه مشحون به كتب الفقهاء من المحيط والذخيرة
قوله وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه قيد بالقتل لانه
لو قال السلطان لرجل اقطع يد فلان والا لاقتلنك وسعه ان يقطع
يده كذا في شرح الكنز وذكر الامام فخر الاسلام وغيره من ائمة الاصول
ان يد غيره ونفسه سواء ولا يحل له ان يقدم على قطع يد غيره وان اكره بالقتل
لان المكره عليه يده اقوى من نفس المكره والله اعلم قوله في مثله لفظة مثل
مقحمة كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء اي ليس كذاته شيء وذلك انه وارد في خبر
فيمن يماثله فقد روي ان المشركين اخذوا خبيبا فباعوه من فقالوا
لنقتلنك او لتذكرن الهتنا بالخير وتشتم محمدا وكان يشتم الهتهم ويذكر
محمدا عليه السلام بالخير حتى قتلوه فقال النبي عليه السلام هو رفيقي في الجنة
كذا في شرح الاقطع وفي اتمام المثل التنبيه على ان هذا لا يختص بخبيب
بل كل من فعل مثل فعله نال ما نال من التشريف قوله والقصاص
على المكره ان كان عمدا سواء كان هذا المكره الامر بالغا عاقلا او معتوها
او غلاما غير بالغ فالقود على الامر كذا في المبسوط قوله فيصير آلة للمكره
فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه فان قلت لو كان الامر بمنزلة المباشر
في القتل والمامور آلة وجب ان لا يجب القصاص على الامر اذا كان صبيا
او معتوها لان انتقال فعل المكره اليه لا يكون اقوى من مباشرته بنفسه
وفيما باشر الصبي والمعتوه القتل عمدا لا يجب القصاص عليه على ما يجيء وقد ذكر
في المبسوط انه يجب القصاص على الصبي اذا امر غيره بالقتل بالاكراه قلت
لما انتقل فعل المامور الى الامر انتقل مع وصفه وهو العقل والبلوغ فصار
ذلك بمنزلة جناية الامر بيد المامور في احكام القتل فلذلك لم يعتبر
عقل الامر وبلوغه بخلاف ما اذا باشر الصبي بنفسه لانه لا واسطة هنا حتى
يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل فعله اليه بذلك الوصف فكان ذلك فعلا
حاصلا من الصبي لا غير ولا اعتبار لعمد الصبي في ايجاب القصاص الى هنا
في المبسوط كذا في الشرح قلت وهذا لا يشفي عليلا لان المحمول لم يبق
فاعلا لينتقل فعله مع وصف البلوغ الى الحامل بل اعتبر آلة للحامل

ولو كان

ولو كان آلة له حقيقة لكان هذا الفعل فعل الصبي لا فعل البالغ فكذا اذا
اعتبر آلة له حكما وبالجملة فبين اعتبار المحمول آلة للحامل وبين اعتباره فاعلا
منقولا فعله الى الحامل تناف اذ الاول يوجب كون الفعل للحامل والثاني
يوجب كونه للمحمول مع ان هذا الذي ذكره الشارح يوجب ان لا يجب القصاص
على المكره الامر البالغ اذا اكره الصبي على القتل فقتل والا فلا وجه لانتقال
فعل البالغ مع وصف العقل والبلوغ الى الصبي وعدم انتقال فعل الصبي مع وصف
الصبا الى البالغ مع ان اطلاق المسئلة والفقه الذي ذكر من ان المحمول يكون
آلة للحامل يقتضي ان يقتص المكره البالغ سواء اكره صبيا او بالغا قوله
ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا على الفاعل في الجناية
والاثم لزم ان يجب الكفارة على الفاعل لانها كاسمها ستارة للذنب
فيلزم ان يجب على من يقتصر الفعل عليه في الجناية والاثم وقد نص في الكافي
انه لا قصاص على المكره ولا دية ولا كفارة قوله لان السعاية انما تجب
للتخريج الى الحرية كما هو مذهب ابي حنيفة فان المستسعى كالمكاتب عنده
او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما انما تجب السعاية لتعلق حق
غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لوجبت لتعلق حق المعتق ولا نظير له
في الشرع كذا في الشرح وفيه نظر لان المحجور عليه بالسفه اذا اعتق
يعتق وتجب السعاية عليه عندهما لتعلق حق المعتق وجوابه انه روي عن محمد
انه لا تجب السعاية اذا اعتقه المحجور وهو قول ابي يوسف آخرا فلنا ان نمنع
قوله لان ما عليه كان على شرف السقوط بان تجيء الفرقة من قبلها بالارتداد
او تمكين ابن الزوج وقد على الزوج بهذا الاكراه والتقرير حكم
الايجاب على الزوج ابتداء فيضمن كما لو غصب منه ذلك
ولقائل ان يقول سقوط نصف المهر الذي يعطيها الزوج بعد الطلاق
قبل الدخول موهوم اذ الارتداد او التمكين من ابن الزوج من النوادر التي
لا عبرة بها وبناء الحكم على مثله ليس بصحيح على ان التقرير اتلاف باعتبار
واخذ الضمان من المكره اتلاف حقيقي وقد امرنا في العدوانات باعتبار
المماثلة قال الله تعالى فاعتدوا بمثل ما اعتدى عليكم قوله جاز استحسانا
وفي القياس لا يصح التوكيل كالاكراه على التوكيل بالبيع والشراء وفي الاستحسان
يصح اذ التوكيل بالشيء يعتبر بذلك الشيء لان المقصود تحصيل الموكل به
والاكراه لا يبطل العتق فكذا لا يبطل التوكيل به والتوكيل بالبيع يعتبر به
والاكراه يفسده فكذا التوكيل به ولان التوكيل بالعتق من حيث المعنى تعليق
للعتق بقبول الوكيل كان الموكل يقول للعبد ان قال فلان انت حر فانت حر

فيعتبر بصريح التعليق ولو صرح به صح التعليق مع الاكراه فكذا هذا كذا في الشاهان وفيه نظر اما اولا فلان التوكيل بالبيع يحتمل التعليق بالشرط فانه لو قال اذا جاء رأس الشهر فانت وكيلي ببيع هذا العبد صح فلو كان التوكيل بالبيع معتبرا به لما صح كالبيع واما ثانيا فلان التوكيل بالعتاق يحتمل العزل والرجوع ولو كان في معنى تعليق العتق بقول الوكيل لما قبله اذ الرجوع عن التعليقات باطل والجواب عن الاول ان التوكيل بالبيع ان اعتبر بالبيع من حيث ان المقصود منه هو البيع وجب ان يؤثر فيه الاكراه ولا يصح تعليقه بالشرط كالبيع وان اعتبر ذاته وانه اسقاط وجب ان يصح تعليقه بالشرط ولا يؤثر فيه الاكراه فقلنا يؤثر فيه الاكراه ويصح تعليقه بالشرط عملا بالوجهين والتعيين في مثله بالتحري فانه اذا تعارضت القياسان يعمل بايهما شاء بشهادة قلبه وعن الثاني ان التوكيل بالطلاق والعتاق ان كان تعليقا معنى فهو توكيل صورة فلم يؤثر فيه الاكراه نظرا الى المعنى والصورة ونظرا اليهما وكل فيه ايضا وعمل فيه العزل نظرا الى الصورة وذلك لحاجة الى العزل عسى فلو لم يعمل عزله لتضرر به قوله لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة قلت يحتمل ان يكون قوله لان الاكراه يؤثر في فساد العقد دليلا وقوله والوكالة لا تبطل بالشروط دليلا اخر ويكون الكبرى من الدليلين محذوفا والتقدير لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والتوكيل لا يحتمل الفساد بل هو اما صحيح او باطل فلا يؤثر فيه الاكراه وكان وجوده كعدمه والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها فالاكراه لا يؤثر فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ويحتمل ان يكون الكل دليلا واحدا اي لان الاكراه يؤثر في فساد العقد فصار كالشروط المفسدة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة فلا تبطل بالاكراه ايضا قوله والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات فتفيد التعليق بالشرط لان تصرف الوكيل في مال الموكل موقوف حقا له فبالتوكيل سقط ذلك الحق كذا في الشاهان قلت وهذا اشارة الى ان الاكراه لا يؤثر في التوكيل بالبيع والشراء ايضا وقد نص اولا بان الاكراه يفسد التوكيل بالبيع وذكر الشارح المحقق عند قوله جاز استحسانا فقال انما ذكر هذا لان القياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان الوكالة تبطل مع الهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكنه يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة فاذا لم تبطل يفسد تصرف الوكيل هذا لفظه

وهو ايضا يشعر بان الاكراه لا يؤثر في التوكيل بالبيع فما ذكر في الشاهان من ان التوكيل بالبيع يعتبر به والاكراه يفسده فكذا التوكيل به يحتاج الى مزيد تامل وايضا ما ذكر من ان الوكالة من الاسقاطات فذلك مذهب محمد واما عند ابي يوسف رح فهي من الاثباتات على ما مر في كتاب الوكالة في مسئلة لحوق الوكيل بدار الحرب ثم عوده مسلما فلو كان عدم بطلان الوكالة بالشرط الفاسد باعتبار انه من الاسقاطات لاختص ذلك بمذهب محمد رح ولكن عدم بطلانها بالشرط الفاسد متفق عليه اللهم الا ان يقال من يقول بان الوكالة من الاثباتات هنا يقول بانها من الاثباتات المحضة فجاز ان يكون فيه معنى الاسقاط ايضا والبطلان بالشرط الفاسد يختص بالاثبات المحض لان الشرط الفاسد فيه معنى الربوا فيورث شبهة الربوا اذا كان في الاثبات المحض وينزل الشبهة الى شبهة الشبهة فيما هو اثبات من وجه اسقاط من وجه قوله ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل وقد يشكل بما اذا اكره على الايلاء فالى من امرأته قبل ان يدخل بها فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فبانت منه ودفع عليها نصف المهر لم يرجع على المكره به لانه كان متمكنا من ان يقربها في المدة فيبطل الايلاء فاذا لم يقربها كان كالراضي بما لزمه من نصف المهر وكما تمكن من ابطال الايلاء بالقربان في المدة يتمكن المكره على التوكيل من عزل الوكيل وابطال التوكيل ثم لم يعتبر تمكنه من العزل لان مقصود المكره زوال ملكه المحمول وذا في الامتناع عن العزل فكان مكرها على التوكيل وابقاء الوكالة الى حين ان يفعل الوكيل ما وكل به ولا يخفى ان مقصود المكره على الايلاء ايضا هو ترتيب موجبه عليه وهو ان يصير بارا في يمينه فتبين منه امرأته فيكون مكرها على تحصيل البر الموجب للبينونة قوله والايلاء اي اكرهه بوعيد تلف حتى آلى امرأته فهو مول لان الايلاء طلاق مؤجل ويمين في الحال والاكراه لا يمنع واحدا منهما فان تركها اربعة اشهر فبانت منه ولم يكن دخل بها دفع عليها نصف المهر ولم يرجع على الذي اكرهه لانه كان متمكنا من ان يقربها في المدة فاذا لم يفعل فهو كالراضي بما لزمه من نصف الصداق وان قربها كان عليه الكفارة ولم يرجع على المكره لشيء لانه ما جرى على سنن اكراهه فانه بالاكراه منعه عن القربان وقد اتى به ولانه الذمة كفارة يعني به فلا يرجع عليه بضمان بجانس به كذا في الشرح وفيه نظر اما اولا فلانه لو آلى وهو صحيح فبانت بالايلاء وهو مريض لم ترث لان البينونة تضاف الى الايلاء

وهو وجد في الصحة ولم يصنع الزوج شيئا في المرض من مباشرة علة او
شرط نعم هو متمكن من ابطال الايلاء بالفيء في المرض لكن بضرر يلزمه
فلم يكن متمكنا مطلقا كذا في الكافي في باب طلاق المريض وكما لا يعتبر
متمكنا من ابطال الايلاء لاثبات حكم الفرار يجب ان لا يعتبر متمكنا منه
ايضا لابطال حق الرجوع على المكره الآمر وجوابه ان الزوج يتمكن من دفع
الضمان عن نفسه بلا ضرر يلزمه معنى لانه بالوطئ يصير مستوفيا عوض
ما يلزم من الصداق وهو المنافع والمزوم بالعوض كلا لزوم وضرر
لزوم الكفارة ادنى من ضرر لزوم نصف المهر لانه يكون اكثر من كفارة
اليمين غالبا وادنى الضررين بمقابلة الاعلى كالعدم بخلاف المريض
فانه يلزمه الكفارة البتة حيث لا يندفع عنه بالتزامها ضررا
اعلى منه كما يندفع واما ثانيا فلان الشاهدين اذا شهدا بالبيع
باقل من قيمته ثم رجعا ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب
هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف
اليهم كذا ذكر في باب الرجوع عن الشهادة فقد اوجبوا الضمان
على الشاهدين في الشهادة على البيع بشرط الخيار للبائع مع تمكنه
من فسخ البيع ولم يوجبوا الضمان على المكره الآمر بالايلاء لتمكن المأمور
من فسخ الايلاء بالفيء ولا فرق وجوابه ان البائع ربما لا يتمكن
من الفسخ حيث لا يتفق له حضور المشتري واعلامه بالفسخ عسى
والفسخ بالفعل كالمساومة وغيرها ربما لا يتفق ايضا فلا يحصل
القدرة البتة بخلاف المولى حيث لا يعجز عن الفيء ولو باللسان
والله اعلم **قوله** والفيء باللسان التقييد بقوله باللسان يشير الى ان
الاكراه على الفيء باللسان مؤثر وانه مشكل لان الاكراه انما يؤثر فيما
يحتمل الفسخ والفيء بنوعيه اعني الفيء باللسان والفيء بالفعل لا يحتمله
فيجب ان لا يؤثر فيه الاكراه مطلقا

كتاب الحجر

قوله فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فلا يتوقف فيه النفاذ
على المباشر قال الشارح اعلم ان هذا الاشكال انما يرد على لفظ مختصر
القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا ذكر
قوله او اشترى فلا يرد لكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا
فاورد الاشكال هذا كلامه **قلت** ذكر في النسخة التي عندي قوله او اشترى
ايضا فالظاهر ان نسخة المصنف كانت هكذا **قوله** توجب الحجر

في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها اي لوجود آثارها
التي يترتب عليها الاحكام حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع اي لان تأثيرها تأثير شرعي بلا واسطة امر حسي
توضيحه ان تأثير الافعال في محالها كتأثير القتل في صيرورة المحل مقتولا
وتأثير القطع في صيرورته مقطوعا وتأثير الاراقة في صيرورته مراقا
ثابت بالحس والمشاهدة وردها سفسطة فلما تعذر رد آثارها
تعذر رد ما يترتب عليها من ضمان المحال المتأثرة بالافعال فيؤخذ
بضمان المحال ضرورة ان ما يترتب على الافعال لا باعتبار آثارها الحسية
بل باعتبار امر شرعي كالجناية في تأثير الزنا لا يترتب عليها ذلك اذا لم يعتبر
الشرع جناية كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر واما الاقوال فتأثيرها
كتأثير طلقت في صيرورة المحل مطلقا وتأثير حررت في صيرورته محررا
وتأثير وهبت في صيرورته مملوكا للغير فشرعي محض والشرع جعلها مؤثرة
اذا صدرت عمن له اهلية القصد فلا يؤثر دونه فالمراد بالافعال
الافعال التي يترتب عليها الاحكام باعتبار آثارها الحسية التي ردها
سفسطة وبهذا يسقط ما يرد ان البيع بالتعاطي من الافعال دون الاقوال
مع ان الحجر يؤثر فيه لان ترتب الملك عليه ليس بآثاره الحسية بل بجعل الشرع
اياه موجبا للملك فلا يوجبه اذا لم يعتبره الشرع **قوله** الا اذا كان
فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص **قلت**
فيؤثر الحجر في فعل لا يتعلق به حكم يسقط بالشبهات كالبيع بالتعاطي
فانه غير معتبر من الصبي والمجنون مع ان ما لا يندرئ
بالشبهة وكالقتل فانه غير معتبر من الصبي والمجنون في حق الكفارة مع انها
لكونها الراجح فيها معنى العبادة تندرئ بالشبهات بل تثبت معها فالاولى
ان يقول افعال **قوله** وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه
مبقي على اصل الحرية في حق الدم فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد
والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص
قلنا لما بقي على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحر دون العبد كذا في الكافي
قلت كما انه مبقي على اصل الحرية في الدم مبقي عليه ايضا في حق النكاح
وتوابعه من الطلاق كما نص بذلك في البزدوي الا يرى انه لو تزوج
بغير اذن المولى ثم عتق نفذ نكاحها فلو كان عدم استثناء الحدود
والقصاص باعتبار انه مبقي فيهما على اصل الحرية فكان الاقرار بهما اقرار
الحر دون العبد لم يكن لاستثناء الطلاق ايضا وجه لان العبد ايضا

مبقى على اصل الحرية فى النكاح وما يتبعه قوله وليس فيه اى فى ابطاله
ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ قلت بل فيه ماصان المولى
ملكه عن الهلاك الدنيوى والاخروى وهو النكاح ولهذا يملك اجباره
على النكاح بان تزوجه بلا استطلاع رايه فعلم ان حق المولى بالنكاح
ايضا لانه سبب بقاء النفس عن الهلاك فى الدنيا والاخرة وفى ابطاله
ابطال النكاح الذى تعلق به حق المولى فى صيانة مملوكه عن الهلاك
فيجب ان لا ينفذ بلا اذن المولى قوله ولان المنع باعتبار اثر الصبا
وهو فى اوايل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا
قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه فان
قلت النص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم يوجب المنع
مطلقا سواء بلغ سفيها او بلغ رشيدا ثم صار سفيها فكان التقييد
المذكور بمقابلة النص قلت فقد قال بعضهم ان المراد بالسفهاء فى الاية
الصبيان والمجانين بدليل انه اثبت الولاية للاولياء بقوله وارزقوهم
فيها واكسوهم والسفيه الذى نحن بصدده لا ولاية للولى عليه وقيل
المراد به النساء بدليل اضافة الاموال الى المخاطبين فكان منع المال
عن السفيه بالتعليل لا بالنص ولو سلم ان المراد به السفيه المذكور
فى النص وقع مطلقا فينصرف الى الكامل وهو الذى بلغ سفيها اما من
بلغ رشيدا ثم صار سفيها فهو سفيه من وجه فلا يتناوله المطلق قوله
لان السفيه فى معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج
كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل وقد يقال قد يكون الهزل
لمصلحة صحيحة بان يظهر البيع من زيد فيما بين الناس تخليصا للمتاع من يد
المظلمة وهذا ليس باخراج للكلام لا على نهج كلام العقلاء وايضا
الهزل فى معنى شرط الخيار المؤبد وشرط الخيار ليس من اخراج الكلام
لا على نهج كلام العقلاء الا ان يقال قد يقصد الهازل اللعب المحض
ايضا فيكون تعليلا جزئيا قوله وجب لها النصف لان التسمية صحيحة
الى مقدار مهر المثل فيجب نصف مقدار مهر المثل من حيث انه نصف المسمى
بتسمية صحيحة لا من حيث انه نصف مهر المثل فلا ينافض ما مر فى النكاح
من ان مهر المثل لا ينتصف قوله فان مرض واوصى بوصايا فى القرب
وابواب الخير جاز ذلك فى ثلثه فان قلت التدبير وصية مع انه لا ينفذ
من ثلثه بل يسعى المدبر فى جميع قيمته على ما مر قلت التدبير وصية من حيث
النفاذ بعد الموت لا فى شىء اخر الا يرى ان الرجوع فى الوصية يصح

دون التدبير كذا فى الشاهان عند قوله فيما تقدم سعى فى قيمته مدبرا
وفيه نظر لان كونه وصية فى حق النفاذ بعد الموت يكفى لنفاذه
فى الثلث لما سياتيك من الفقه فى تنفيذ وصاياه بعد موته وهو
ان الحجر للنظر لئلا يبتلى بالفقر وهذا المعنى لا يوجد فيما ينفذ بعد
بعد الاستغناء عن المال فوجب تنفيذه اذا كان فيه نظر لامر اخرته
او اكتسابه الثناء الحسن بعد موته قوله ويحجر القاضى عندهما ايضا
وهو قول الشافعى رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن فى التجارات فان
قلت ينبغى ان لا يحجر لان النبى عليه السلام ما حجر على حبان بن منقذ
وكان يغبن فى التجارات بل قال له قل لا خلابة ولى الخيار ثلثة ايام
اثبت له البيع بشرط الخيار وما حجر قلت لما الحق المغفل فى التجارة
بالسفيه من حيث انهما متلفان اموالهما وكان الحكم فى المغفل ثابتا
بدلالة النص اذ السفيه مورد النص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم واذا كان الحكم فيه بدلالة النص فلا يعارضه خبر الواحد كذا
فى الشاهان وفيه نظر اذ الاية ماولة على ما ذكرنا فجاز ان يعارضه
الخبر بل الجواب ان المراد بالغفلة هو ان يغبن بحيث لا تعذر على دفع
الغبن بالتروى فيه وحبان كان يعرف الغبن بالتروى وان كان
لا يعرفه على فور البيع بدليل انه عليه السلام اثبت له الخيار وفائدته
الفسخ اذا لم يوافقه البيع باعتبار وجود الغبن وهذا انما يكون
فى حق من يعرف الغبن فعلم انه كان يعرف بالتامل ولا يحجر فى مثله
انما هو فى حق من لا يعرف الغبن اصلا ولو سلم فلا نسلم ان الحجر حتم
بل القاضى انما يحجر المغفل اذا راى المصلحة فيه اما اذا راى ان التصرف
مع الخيار اولى من الحجر فحينئذ يلقنه الخيار وذلك ان المطلوب هو دفع
ضرر الغبن وربما لا يتيسر ذلك باشتراط الخيار بان لا يمكن اعلامه
فجاز ان يشرع الحجر مع شرع الخيار ليندفع الضرر مرة باشتراط الخيار
ومرة بالحجر فبحسبهما راى القاضى المصلحة فعل

فصل في حد البلوغ

قوله وهذا اقل ما قيل فيه فيبتنى الحكم عليه للتيقن
بيانه ان بعضهم قالوا اثنان وعشرون وبعضهم خمسة وعشرون وهو
قول عمر رضى الله عنه وقال بعض السلف ثمانى عشرة سنة وهذا اقل
فيما قالوا فيعلق الحكم به لانه المتيقن كذا فى شرح الاقطع وفيه بحث
لان وصف الصبى كان ثابتا بيقين وقد وقع الشك عند تعارض الاثار
فى زواله والثابت باليقين لا يزول بالشك فوجب ان لا يحكم بزوال

وصف الصبا الا يرى ان الآثار لما تعارضت في خروج وقت الظهر عند
بلوغ ظل كل شيء مثله لم يحكم بالخروج عند ابي حنيفة رض على ما مر في كتاب
الصلوة ولا يقال الاحتياط هنا في الاخذ بالاقل ليحكم بوجوب الضمان
فيما وراء الاقل لانا نقول الاحتياط في باب وقت الظهر ايضا في الاخذ
بالاقل لان في الاخذ بالاكثر شبهة القضاء ثم هذا تمسك بتاويل
الصحابي وانه ليس بحجة على ما عرف في اصول الفقه فكانه استدل بتاويله
على انه اتخذه مذهبا ومذهب الصحابي حجة قوله لاشتمالها على الفصول
دليل على زيادة السنة في حق الغلام المفهوم من قوله فنقصنا في حقهن
سنة لا على النقصان يعرف بالتامل اي انما زدنا في حق الغلام سنة
لاشتمالها الخ

باب الحجر بسبب الدين

قوله لدفع ضرر
خاص وهو ضرر الداين فان قلت العبد محجور لدفع ضرر خاص
وهو ضرر المولى قلت العبد اهدر اهليته وادميته بالكفر كما في لشاها
وفيه نظر لما سيأتيك في المأذون ان العبد بعد الاذن يتصرف لنفسه
باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
وفيه تصريح بان اهليته وادميته غير مهدر بالكفر فالاولى ان يقال
تصرف العبد انما لا ينفذ لانه يلاقي ملك المولى ومن شرط النفاذ ان
يلاقي التصرف ملكه وعدم النفاذ باعتبار انه لا يلاقي ملك نفسه
ليس من باب اهدار الاهلية قوله واذا طلب غرماء المفلس الحجر فان قلت
الحجر بسبب الدين يختص بالمال الموجود اما ما يحدث له من الكسب فلا يؤثر
فيه الحجر فكيف يكون مفلسا مع وجود المال وهذا ايضا يرد على ما قالوا
ان القضاء بالحجر لا يستقيم على قولهما الا بان يقضى عليه بالافلاس اولا
قلت كانه سماه مفلسا باعتبار ان ماله يحيط به حق الغرماء فكانه
لا مال او معناه انه مفلس عما وراء قدر الدين ومعنى قولهم ان القضاء
بالحجر لا يستقيم الا بان يقضى عليه اولا بالافلاس ثم بالحجر انه لا بد وان
يقضي بانه لا مال له غير ما احاط به الدين وان دينه يتعلق بهذا المال
قوله ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذ جبرا وذكر في الذخيرة
في الفصل السادس عشر من كتاب الحيل ان الدراهم والدنانير جنسان
في حكم الربوا وفيما عداه جعلا جنسا واحدا استحسانا حتى يكمل نصاب احدهما
بالاخر والمكره على البيع بالدراهم لو باع بالدنانير او على العكس كان بيعه
مكرها كما لو باع بالدراهم وصاحب الدراهم لو ظفر بدنانير من عليه
كان له ان يأخذها بجنس حقه كما لو ظفر بدراهم الا رواية شاذة عن محمد رح

واذا باع شيئا بالدراهم ثم اشتراه بالدنانير قبل نقد الثمن او على العكس
والثاني اقل قيمة من الاول كان البيع فاسدا استحسانا هذا لفظه وهكذا
ذكر فيه في كتاب الايمان في الفصل الرابع منه الا قوله الا رواية شاذة
فما ذكر المصنف هنا انما يأتي على الرواية الشاذة عن محمد رح ولكن
التأييد بالرواية الشاذة ليس كما ينبغي وعلى الرواية المشهورة وجب ان يكون
الجواب فيما اذا كان الدين دراهم والمال دنانير او بالعكس كالجواب
فيما اذا كانا من جنس واحد لان ولاية الاخذ جبرا ثابت في الوجهين وذكر
صاحب الكافي الاجماع في ان ليس لصاحب الدراهم ان يأخذ بدنانير
من عليه الدراهم وبالعكس وانه يحتاج الى مزيد تامل لما ذكر في الذخيرة
والله اعلم ثم الدراهم والدنانير اعتبرا جنسا واحدا فيما ذكرنا من المسائل
وفي الشفعة ايضا حتى لو علم انها بيعت بدراهم فسلم الشفعة ثم ظهر انها
بيعت بدنانير ليس له الشفعة واعتبرا جنسين في الوكالة فان من وكل
بشراء شيء بعينه بدراهم فاشترى بدنانير او بالعكس كان مشتريا لنفسه
وفي الشهادة فان احد الشاهدين اذا شهد بالدراهم والاخر بالدنانير
لا يقبل وفي الاجارة فان من استاجر من اخر دارا بدراهم وآجرها من غيره
بدنانير او بالعكس وقيمة الثاني اكثر من الاول يطيب له الزيادة ولا شك
ان تعيين جهة الصورة في بعض المسائل وتعيين جهة الثمنية في البعض
مما يحتاج الى مزيد تامل وغاية ما يمكن في مثله ان يقال انهما لما كانا
جنسين صورة وجنسا واحدا معنى عملوا بالتحري فوقع تحريهم في بعض
المسائل على انهما جنسين وفي البعض على انهما جنس واحد فلذلك وقع
الجواب منهم مختلفا والله اعلم قوله ولا يمنعونه من التصرف والسفر
هذا بناء فرع ما مر في الدعوى من قوله الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار
مجلس القاضي ولذا لا يكفل الا الى آخر المجلس لان في اخذ الكفيل والملازمة
زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا
وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى هذا كلامه
فاذا كان الغرماء لا يمنعونه من السفر وكانت الملازمة عبارة عن ان يدور
الغريم مع المديون اينما لم يكن الملازمة زيادة على مجلس القضاء منعا
للمديون الغريب عن السفر فلا يستقيم قوله اضرارا به بمنعه عن السفر
اللهم الا ان يقال ليس معناه ان له ولاية المنع عن السفر عند الملازمة
بل معناه والله اعلم انه يصير مانعا له عن السفر عادة اذ المرء لا يتيسر ان يسافر
بمن يلازمه آناء الليل والنهار عادة قوله ويأخذون فضل كسبه

يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة هذا الذي ذكره فيما اذا
اخذ ارباب الدين فضل كسبه بغير اختياره او اخذه القاضي وقسم بينهم
بغير اختياره واما المديون في صحته اذا آثر احد الغرماء بقضاء الدين
فله ذلك **قوله** ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح
للرفع لا للابطال **وفيه بحث** لان وقوف الشهود على شيء من حيث الظاهر
اذا لم يكن طريق الوقوف سوى الظاهر بمنزلة وقوفهم عليه يقينا
الا يرى انهم اذا شهدوا بالملك يثبت الاستحقاق مع ان الملك في الاشياء
لا يعرف الا بطريق الظاهر اذ لا دليل بمعرفة الملك في حق الشاهد
سوى الظاهر وهو اليد بلا منازعة لان اقصى ما في الباب ان يعاين
اسباب الملك من البيع ونحوه لكنها انما تفيد الملك اذا كان المبيع ملكا
للبائع مثلا وانما يعرف كونه ملكا باليد بلا منازعة واليد دليل الملك
من حيث الظاهر هكذا ذكروا في فصل ما يتحمله الشاهد والله اعلم **قوله**
ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه هذا اذا لم يكن لصاحب الدين ما يكفي حاجته
من الطعام وموضع الخلاء اذا كان الدخول لاجلهما اما اذا كان فله
ولاية المنع من الدخول في بيته وذكر في الزيادات ان المطلوب اذا
اراد ان يدخل بيته فاما ان ياذن المدعي في الدخول معه او يجلس معه
على باب الدار ولانه لو ترك حتى يدخل الدار وحده يفوت ما هو المقصود
من الملازمة **قوله** ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين
وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين ونفس العين يتحقق بينهما مبادلة وهذا
هو الحقيقة **فان قلت** هذا تعليل بمقابلة النص وهو حديث ابي هريرة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس بالثمن
فوجد رجل وفي رواية فوجد البائع متاعه عنده كان احق به
قلنا قد ذكر الخصاف باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل افلس فوجد رجل عنده متاعه فهو ماله بين غرمائه او
قال فهو اسوة غرمائه فيه وتاويل الرواية الاخرى ان المشتري كان
قبضه بغير اذن البائع او مع شرط الخيار وبه نقول ان للبائع في هذا
الموضع حق الاسترداد **قلت** ثبوت حق الاسترداد للبائع اذا قبض
المبيع بغير اذنه او قبض وفي البيع الشرط ليس بمشروط بكون المشتري
مفلسا فان له حق الاسترداد في هذين الوجهين مطلقا سواء كان
المشتري مفلسا او غنيا وقد شرط في الحديث افلاس المشتري حيث قال

ايما رجل افلس فتامل فالاظهر في التاويل ان يقول جاز ان يكون الضمير
في قوله فهو ماله للمفلس لا لصاحب المتاع الذي هو الواجد في المتاع
مال المفلس لا يختص به البائع بل جميع غرمائه اسوة فيه وهذا معنى
صحيح لا غبار عليه فتامل وهكذا يجعل الضمير في كان في الرواية
الاولى للمفلس دون البائع اي كان المفلس احق به من البائع فيكون
لغرماء المفلس لا لغرماء البائع **قوله** يوجب العجز عن تسليم العين وهو
غير مستحق بالعقد **قلت** العجز عن تسليم العين يوجب العجز عن تسليم
الدين الذي هو مستحق بالعقد لانه لا طريق لتسليم الدين سوى تسليم
هذا العين بدلا عنه وقد اعتبر العين في حق التسليم عين الدين ولذا
سمي اداء لا قضاء ولو لم يكن له حكم العين لكان قضاء لا اداء الا يرى
ان العجز عن تسليم العين في باب السلم اعتبر عجزا عن تسليم الدين الذي
استحق بعقد السلم وهو المسلم فيه مع ان العين غير الدين في باب السلم
الا في حق حرمة الاستبدال خاصة كما مر في البيوع **قوله** وهذا هو
الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال
ممتنع فاعطي للعين حكم الدين **قلت** نعم للعين في السلم حكم العين ولكن
في حرمة الاستبدال خاصة وفي غيره اعتبر مبادلة في السلم ايضا نص
على ذلك في باب السلم حيث قال ومن اسلم كرا فلما حل الاجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان
امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي
عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا محمل الحديث
على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة
ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حكم خاص
وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرى هذا كلامه فانظر كيف جعل
قبض المسلم فيه مبادلة مع ان العجز عن العين في السلم يوجب العجز عن الدين
حتى يفسخ السلم عند العجز عن تسليم المسلم فيه **كتاب**
الماذون **قوله** وفي الشرع فك الحجر **فان قلت** ما وجه المناسبة
بين الاعلام وفك الحجر واسقاط الحق **قلت** الاعلام من شرايط فك
الحجر واسقاط الحق فسمي الشيء باسم شرطه لتوقف وجوده عليه **قوله**
واسقاط الحق **فان قلت** لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده
لان الساقط لا يعود **قلنا** بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان

المحجر امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لان الساقط يعود كذا في الشرح وقد يقال الساقط ان كان لا يحتمل العود فهو يحتمل الاعادة والحجر اعادة لما قد اسقطه ولا منع من اعادة الساقط **قوله** لانه من اهل تصرفه الا انه موجب تعلق الدين برقبته او كسبه وقد يقال اقراره بالمال لغيره تصرف صحيح منه مع انه لا يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وانما يؤخذ به بعد العتق **قوله** لان الاسقاطات لا تتوقت **وفيه بحث** لما مر في اول الكفالة ان تاجيل الدين ابراء موقت وذلك تصريح بتوقت الاسقاط اذ الابراء اسقاط الا ان يقال القياس ان لا يتوقت الاسقاط ولا يعود الا بسبب جديد وانما جوزنا التاجيل الذي هو اسقاط حق المطالبة الى وقت بالنص بخلاف القياس لمساس الحاجة اليه واما ما ذكر في الكافي من ان تاجيل الدين تاخير للمطالبة لا اسقاط ففيه نظر لما ذكرنا من التصريح في الكفالة ان التاجيل ابراء موقت **قوله** يصير ماذونا **فان قلت** اذا راى القاضي الصغير او عبده يبيع ويشتري فسكت لا يكون ماذونا في التجارة مع ان للقاضي ان ياذن اليتيم وعبده **اجيب** بان سكوت المولى انما يكون اذنا دفعا للضرر عن العامة فان الناس يستدلون بسكوته على كونه ماذونا منه اذ العادة جارية بالمنع اذا لم يكن المولى راضيا بتصرفه وله ولاية المنع والاذن البتة بخلاف القاضي فانه لا يثبت له الولاية الا عند عدم ولي آخر وقلما يكون ذلك فلا يتيقن الناس بولايته حتى يستدلون بسكوته على اذنه فيتضررون به وما قيل في الجواب من ان الاذن من القاضي قضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت ففيه ضعف ظاهر يعرف بالتامل **قوله** لان كل من رآه يظنه ماذونا فيها لان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهى عنه ويؤدبه واذا لم ينهه جعل سكوته اذنا لا لذاته دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه كذا في الكافي **وفيه بحث** لان المولى ربما يامره ببيع شيء من ماله او يشتري شيء ويكون هذا استخداما منه لا اذنا كما سياتيك من بعد فجاز ان يكون سكوت المولى اذا رآه يبيع ويشتري رضاء بفعله باعتبار انه امره به لاستخدامه بذلك لا باعتبار انه اذنه في التجارة حتى يصير ماذونا في التجارات اللهم الا ان يكون المسئلة مقيدة بما اذا رآه يبيع ويشتري وقد قامت القراين على انه يتصرف بطريق التجارة لا الخدمة **قوله** ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر قلت التوكيل ايضا اسقاط عند محمد رح

نافض

كما نص عليه في الكتاب في آخر كتاب الوكالة حيث قال محمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعاني قائمة به هذا كلامه مع ان الوكالة تختص بنوع خصه الموكل به بالاتفاق فلو كان الاسقاطات مما لا تختص بنوع دون نوع لم تختص الوكالة بما خصه الموكل به عند من جعلها اسقاطا وليس فليس **قوله** فلا يتخصص بنوع دون نوع **فان قلت** لو اذن له ان يتزوج امرأة بعينها لم يملك العبد ان يتزوج غيرها بل يختص الاذن بها ولا يختص الاذن بالتجارة بما خصه **قلت** النكاح تصرف مملوك للمولى عليه لانه لا يجوز الا بولي اما بولاية نفسه او غيره عليه والرق يخرجه من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نائبا عن المولى في النكاح ولهذا يجبره على النكاح فاما هذا التصرف فغير مملوك للمولى عليه اي لا يملك المولى البيع والشرى عليه بدون اختياره فكان الاذن للتجارة اسقاطا لحقه لا انابة وفي النكاح انابة فلا يعم لان تصرف النائب على قدر انابة الاصل كذا في الشرح **وفيه نظر** اما اولا فلان المولى لو باشر تزويج العبد عند حضرته مع رجل آخر واحد جاز لانتقال كلام المولى الى العبد فيكون المولى شاهدا آخر فلو كان العبد نائبا عن المولى لما انتقل كلامه الى العبد لان انتقال كلام المنوب الى النائب غير معهود واما ثانيا فلانه لو لم يكن مالكا للنكاح بل مملوكا فيه ينبغي ان لا ينفذ نكاحه بعتقه كما لا ينفذ تبرعاته بعد العتق وذكر ائمة الاصول ان الرق لا ينافي مالكية غير المال وهو النكاح والدم والحيوة الا يرى ان نكاحه منعقد من غير اذن المولى حتى يشترط الشهود عند النكاح دون الاذن ولهذا لو اعتقه المولى قبل الاجازة ينفذ وانما يتوقف على اجازته لان النكاح لم يشرع خاليا عن المهر وفي ايجابه بدون رضاء المالك اضرار به وانما يملك المولى اجباره على النكاح لما فيه من تحصين ملكه عن الزنا بملك النكاح كما يملك الدم والحيوة فلا يكون نائبا عن المولى في النكاح كما لا يكون نائبا عنه في امر الدم والحيوة الا انه يشكل عليهم بانه لو كان مالكا للنكاح لما تخصص اذنه بامرأة بعينها بل يعم كالاذن في التجارة وغاية ما يمكن ان يقال ان العبد وان كان يملك النكاح بنفسه ففيه شبهة النيابة من حيث انه لا ينفذ نكاحه الا باذنه فباعتبار شبهة النيابة قلنا ان عين المولى امرأة لا يجوز نكاح غيرها بدون اذنه احتياطا **قوله** لانه طلب منه المال ولا يحصله

الا بالتكسب ولا يتمكن من الاكتساب الا بالتجارة لانا نعلم انه لم يطلب
منه الاكتساب بالتكدي فكان اذنا في التجارة كذا في الكافي وفي قوله
ولا يتمكن من الاكتساب الا بالتجارة نظر لان الاكتساب لا ينحصر
في التجارة فتزويج الامة ايضا من اكتساب المهر والنفقة وليس بتجارة
وكذا الكتابة اكتساب للمال ولهذا يملك تزويج الامة والكتابة
المكاتب هو الذي هو يملك الاكتساب فيجب ان يملك المأذون الذي
صار مأذونا بقوله اد الي الفا ولكن قد اطلق المسئلة بان المأذون
لا التجارة قوله ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة
قلت هذا اذا صار مأذونا بالاذن بالتجارة اما اذا صار مأذونا
بضرورة تعليق عتقه بالاداء بقوله اد الي الفا فانت حر فيجب ان
يملك ما كان من باب الاكتساب وان لم يكن من باب التجارة كالكتابة
وتزويج الامة اذ الاداء يتوقف على الاكتساب لا على التجارة خاصة
الا يرى ان المكاتب يملك ما كان من باب الاكتساب وان لم يكن
من التجارة لانه يحتاج الى الاداء ويكفيه مطلق الاكتساب فكذا العبد
الذي صار مأذونا لضرورة تعليق عتقه باداء المال الى المولى واطلاق
المسئلة هنا يقتضي ان المأذون مطلقا لا يملك تزويج الامة قوله
ولهذا لا يملك تزويج العبد تفريع على ان المأذون لا يملك الا التجارة
وليس بتأييد لجواز ان لا يملك تزويج العبد ويملك تزويج الامة
كالمكاتب فانه يملك تزويج الامة وان لم يملك تزويج العبد قوله
والاب والوصي وذكر في المكاتب ان لهما ولاية تزويج الامة فجاز
ان يكون في المسئلة روايتان او يحمل ما اطلق في المكاتب عن قيد
الخلاف على الخلاف المذكور ههنا ويكون ما ذكر هنا بيانا لذلك
المجمل وتقييدا لذلك المطلق كذا في بعض الشروح وجاز ان يقال
لا مخالفة فما ذكر في المكاتب ان لهما ولاية التزويج كانه اراد به
تزويج امته من عبد غيره او من الحر وما ذكر هنا انه على الخلاف
اراد به تزويج امته من عبده فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح
وروي عن ابي يوسف رح انه جايز فيكون المعنى وعلى هذا الخلاف
الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان في تزويج الامة
من عبد غيره والاب والوصي في تزويجها من عبده قوله لانه ليس
بتجارة اذ هي اي التجارة مبادلة المال بالمال وقد يقال المأذون
يملك ان يأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح مع انه ليس بمبادلة المال

بالمال قوله والبدل فيه مقابل بفك الحجر فان قلت ان البدل فيه مقابل
بفك الحجر ابتداء فاما بعد الاداء فيصير مقابلا بالرقبة وينتقل من فك
الحجر اليها كما في الاجارة يكون البدل ابتداء بمقابلة العين ثم ينتقل منها
الى المنافع عند تحققها اجيب بان كونه مقابلا بفك الحجر ابتداء
يكفي لخروجها عن كونها تجارة من كل وجه فلا يتناولها مطلق التجارة
ويقال ايضا الكتابة ليست بمبادلة في الحقيقة بل هو عقد كرم فلا تندرج
في مطلق التجارة نعم يشكل بان البدل في الكتابة لو كان بمقابلة
فك الحجر لزم ان لا يسقط اذا اعتق المولى المكاتب لان ما قوبل به البدل
من فك الحجر قد سلم للمكاتب بتسليم ما يقابله من البدل للمولى تحقيقا
للمساواة في عقد المعاوضة وحيث يسقط البدل عند الاعتاق
لزم ان لا يجعل البدل بمقابلة الرقبة التي هي مال فكان تجارة قوله
لانه تبرع محض اي ابتداء والا فهو معاوضة انتهاء فلا ينافي ما مر
في كتاب الهبة من قوله والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه
وما مر قبيل باب الربوا ان الاقراض عارية ابتداء معاوضة انتهاء
قوله الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه قلت ومحمد رح
لم يقدر لذلك مقدارا فيكون العبرة للعرف فيما يعده التجار سرفا
فيما بينهم لا يملك وما لا يعد سرفا ملك بخلاف التصدق فانه قدر
ذلك بما دون الدرهم فانه قال المكاتب يتصدق بما دون الدرهم
لان التصدق بما دون الدرهم ممكن وبهذا القدر جرى التعارف
بتجوزه من المولى للعبد فاما الاهداء واتخاذ الضيافة فقل ما يتهيأ
بما دون الدرهم والتاجر يحتاج اليها ففوض التقدير الى العرف
ثم انما يملك الهدية بالمأكول من الفاكهة واللحم والخبز لا بالذهب
والفضة والامتعة والحيوان والحنطة والحبوب لان العرف في هذا
المأكول لا في غيره كذا في بعض الفتاوى وبهذا علم ان المراد بالطعام
المهيأ للاكل كالخبز وان اليسير من الهدية هو ما لا يعد سرفا فيما
بين التجار قوله ما يحط التجار في بعض الحواشي الظاهر انه بضم التاء
وتشديد الجيم جمع تاجر وقد صحح في بعض الحواشي هذا اللفظ هنا
في مواضع بكسر التاء والجيم المخفف مصدر كقتال وانه بعيد لان اسناد
الحط اليه يأباه اذ الحط انما يكون من التاجر لا من التجار بمعنى المصدر
اللهم الا اذا جعل المصدر بمعنى الفاعل اي ما يحط التاجر وكذا بعيد
فكانه قصد بيان محتمل اللفظ وان كان بعيدا قوله ويندفع الضرر

في حقه بدخول المبيع في ملكه **فان قلت** ذكر من بعد انه يبدأ بالكسب
في الاستيفاء فلو كان المبيع الذي هو من كسب العبد باقيا كيف يبيع
العبد **قلت** جاز ان يكون هذا المبيع هو المبيع الذي اشتراه العبد
وادى ثمنه ثم قبضه المولى ولا دين على العبد ثم ركبته ديون فبيع
فانه اذا كانت حال المبيع هكذا لا يؤخذ المبيع عن يد المولى بدين العبد
بل يباع اذا لم يكن له كسب كذا في الشرح ولا يقال دخول المبيع في ملك
المولى على هذا الطريق موهوم فلا يعتبر لان ضرر المولى في تعلق
الدين برقبته ايضا موهوم فقد يلحقه الدين وقد لا يلحق فانعدم هذا
الضرر الموهوم بهذا النفع المتوهم وفي الحاشية **فان قلت** لا نسلم
دخول المبيع في ملكه كيف وملكه يثبت بعد فراغ العبد عن حاجته
ومن حوايجه قضاء الدين ولم يقض **قلت** لما تعلق الدين برقبة العبد
فرغ المبيع عن حاجته وهو قضاء الدين فيملكه المولى هذا لفظها **وفيه
نظر** لانا سلمنا قوله لما تعلق الدين الخ ولكن الشان في التعلق
فالدين لا يتعلق بالرقبة ما دام الكسب **قوله** لانه لو لم يمكن منه تحجر
عليه فلا يحصل الكسب مشكل لما سياتيك ان للغرماء حق استسعاء المأذون
المديون فلا يتمكن المولى من ابطال هذا الحق بالحجر فلا يضرهم وجوابه
ان حق الاستسعاء وان كان لا يبطل بالحجر فالاذن يبطل بالحجر فلا يتمكن
العبد من التجارة بعد حجره ونفع التجارة ابلغ والوصول اليها به يتمكن
من قضاء الدين من المال بالتجارة اوفق منه بالاستسعاء فلو لم يكن له
اخذ غلة مثله لحجر عليه فيعود نوع ضرر بالغرماء **قوله** لئلا يمتنع البيع
فان المشتري اذا علم انه يباع ثانيا يمتنع عن الشرى لا يقال انه يباع
في النفقة مرة بعد اخرى مع ان فيه امتناع البيع لان دين النفقة قلما
يبلغ الى ان لا يفي به الكسب فيباع رقبته فيه فلا يتكرر البيع فيه غالبا
فلا يؤدي الى الامتناع **قوله** بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب
متيسرة بالمرافعة الى الحكام وعرض الحال على الامام **قلت** نعم اذا كان
الغاصب مقرا او كانت له بينة عادلة عليه فاما اذا لم يكن وجب ان يبطل
الاذن كما لا يصح بيع المغصوب من غير الغاصب اذ ذاك في ظاهر الرواية
وذكر في الذخيرة الجواب في الغصب على التفصيل فقال ان بقي للمالك
امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كانت للمالك بينة حاضرة عادلة
لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا بقي له امكان الاخذ كانت ولاية البيع
في رقبته وكسبه من الغاصب ومن غيره قائمة فيصح الاذن فلذلك يبقى

وان لم يكن

وان لم يكن للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له على ذلك
بينة يمنع ابتداء الاذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء
الاذن ايضا **قوله** لان يد المحجور غير معتبرة **فان قلت** يشكل بما اذا استودع
عبد رجلا وديعة ثم مات لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة باجزاء كان العبد
او محجورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل وجوده
وعدمه بمنزلة فعلم ان ليده اعتبارا وان كان محجورا **قلت** تلك المسئلة
مأولة ذكر تأويلها في الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع ان الوديعة
كسب العبد او مال المولى اما اذا علم انه كسب العبد او مال المولى فللمولى
ان يأخذ كذا في الشرح ويشكل بان المصنف رح قد تمسك بمسئلة الوديعة
في كتاب المضاربة على ان للعبد يدا معتبرة حيث قال واذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا واشتراط
العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان
محجورا فاذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية هذا كلامه
فلو لم يكن مسئلة الوديعة دليلا على ان للعبد يدا معتبرة لم يستقم هذا الاحتجاج
من المصنف به اصلا على ان ما ذكر من انه اذا لم يكن المودع عالما بانه مال
المولى او كسب العبد لم يكن للمولى ان يأخذ من يده يكفي لاثبات ان للعبد
المحجور يدا معتبرة ثم المصنف رح صرح هنا بان يد العبد المحجور ليست بمعتبرة
واشار في المضاربة بقوله لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا
الى ان له يدا معتبرة والتوفيق بينهما صعب فكان له يدا معتبرة من وجه
دون وجه وذلك لانه آدمي ومال فمن حيث انه آدمي جعلنا يده معتبرة
في الحفظ والاستحفاظ ومن حيث انه مال لم نجعل له يدا فيما يرجع الى ابطال
حق المولى من الاقرار بما في يده للغير عملا بالجهتين جميعا **قوله** وكذا ملكه ثابت
في رقبته هذا مما لا حاجة لا جماع ان ههنا الاقرار لا يباع رقبته **قوله**
وله ان المصحح هو اليد الخ فيه اشارة الى ان اقراره بعد الحجر لا يعتبر في استهلاك
رقبته حتى انه اذا لم يف ما في يده بما عليه من الاقرار لا يباع رقبته فيه اجماعا
وذلك ان صحة الاقرار لما كان باعتبار اليد لم يصح اقراره في رقبته
لان رقبته ليست بيده **قوله** لان العبد قد يتبدل بتبدل الملك **قلت**
اعتبر هنا تبدل الملك في حكم تبدل العين في حق المتعاقدين وهكذا ذكر
في الكافي هنا وقد نص فيه في باب المهر في مسئلة ما اذا تزوجها على عين فوهبتها
له قبل القبض او بعده ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء ان ذلك

بالنظر الى غير المتعاقدين كما في قصة بريرة رضي الله عنه اما بالنظر اليهما
فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان والله اعلم بالصواب **قوله** ورقبته قيد
اتفاقي بدليل قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله نظيره قوله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن
فلا جناح عليكم فتأمل **قوله** خلافة فان قيل المولى كيف يتلقى الملك
من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل للملك وشرط الخلافة
تصور الاصل قلنا العبد ليس باهل لملك مستقر لكنه اهل الملك ينتقل
الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان العبد من حيث انه ادمي بمنزلة الحر
ومن حيث انه مال مملوك ولو كان حرا مطلقا يملك كالحر ملكا مستقرا
ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا فقلنا بانه يملك ملكا
منتقلا عملا بالجهتين كذا في الكافي وهذا اشارة الى ان العبد يملك
ملكا منتقلا واشار في الوكالة الى انه لا يملك اصلا حيث قال ثم قيل
الملك في باب الشرى يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل والصحيح ان الملك
يثبت للموكل ابتدا وخلافة عنه اي بدلا عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد
يتهب ويصطاد فان المولى يخلف العبد في الملك هذا كلامه ووجه التناقض
ظاهر وايضا قد عملنا بجهة الادمية في اثبات ملك اليد والتصرف وغيرهما
مما هو ليس بمال وبجهة المالية في عدم اثبات ملك الرقبة فلا حاجة بنا الى اثبات
ملك منتقل في الذمة عملا بجهة الادمية وقد كتبنا مرية في اثبات ملك
اليد والتصرف فالاولى ان يقال ان الملك متصور للعبد من حيث انه
ادمي وهذا القدر من التصور يكفي لثبوت الملك لغيره خلافة او نقول
اصل الملكين وهو ملك التصرف المقصود من ملك الرقبة ثابت للعبد
فنزل ذلك منزلة ثبوت ملك الرقبة له **قوله** حتى كان لاحدهم الاستخلاص
باداء قيمته تصريح بان للوارث ان يستخلص العين باداء قدر قيمته الى الغريم
لا كما ذكر في الفصول ان الدين اذا كان زايدا فللورثة استخلاص التركة
باداء جميع الدين لا بقدر التركة كالعبد الجاني اذا فداه المولى يفديه بموجب
الارش هذا لفظه ولكن القياس على العبد الجاني مما يتامل فيه لان
حق الغريم انما ينتقل بعد موت المديون الى التركة بقدر ما يمكن اداؤه
منه وهو قدر قيمته فلو ادى الوارث ذلك القدر اليه كان مؤديا حقه
كلا بخلاف ما اذا جنى العبد اذ الواجب هناك ارش المقتول على عاقلة
القاتل ولا عاقلة للعبد الا مولاه فيطالب بموجب الجناية غير ان الشرع
له ولاية الدفع تحرزا عن استيصاله فاذا لم يدفعه طولب بالواجب وهو

الارش

الارش نعم يشكل الفرق بين الوارث والمولى من حيث ان الوارث يستخلص
عين التركة باداء قيمته على ما ذكره المصنف والمولى اذا اراد ان لا يباع عبده
المأذون في الدين يقضي كل الدين لا قدر قيمة العبد فحسب كما يشير اليه
قوله فيما بعد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم فان ظاهره
يقتضي انه لا يمتنع بيع الغريم العبد المأذون الا اذا قضى المالك دينه
سواء كان الدين مثل القيمة او اقل او اكثر وجوابه ان للغرماء حق استسعاء
العبد المأذون واستيفاء حقهم تاما كاملا كما ان لهم ان يبيعوه ناجزا
يستوفون حقه ناقصا معجلا فحيث اراد المولى استخلاصه يجب عليه اداء
كل الدين وليس للغرماء في التركة حق الاستسعاء اما اذا لم يكن فيها غلام
وجارية فظاهر وكذا ان كان لان العبد انما يستسعى في دين وجب
عليه اداؤه وهذا الدين واجب على المولى دون العبد فلا يستسعى فيه
فلا يكون حق الغريم الا في قدر قيمته فللوارث ان يستخلصه باداء قيمة التركة
ولا يجب عليه قدر الدين كما هو مختار المصنف نعم يشكل بما اذا اعتق المولى
العبد المأذون المديون حيث يجب عليه قيمته كما ذكر المصنف رح وينبغي
ان يجب عليه كل الدين لان الغريم كان يتمكن من استيفاء دينه بالاستسعاء
وقد ابطله بالاعتاق وجوابه ان شاء الله تعالى
قوله حيث لا يجوز اصلا **فان قلت** ينبغي ان يجوز مع التخيير بين رفع
المحاباة وفسخ البيع **اجيب** بما مر في كتاب النكاح من قوله كم من رافع
لا يرفع لان كل احد لا يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل
وهذا هو العذر لابي حنيفة رح في البيع مع المولى بالعين **قوله** لا يستوجب
المولى على عبده **فان قلت** انما لا يستوجبه لعدم الفائدة والفائدة هنا
موجودة حيث يأخذ المولى الثمن من كسبه بعد ان لم يكن له ذلك **قلت**
بل انما لا يستوجب لان ذمة العبد ضعيفة لا تقبل الدين في حق المولى
لا بعد ان يضم مالية رقبته وكسبه اليه وضم مالية الرقبة اليها متعذرة
في حق دين المولى لكون الرقبة مملوكة له فشرطنا لبقاء دينه في ذمة العبد
تعلقه بعين من اعيانه مكان تعلقه بالرقبة جبرا لنقصان الذمة فمتى
لم يبق التعليق بالعين لم يبق الدين **قوله** فاذا اعتق المولى العبد المأذون
وعليه ديون فعتقه جايز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته
للغرماء ولقائل ان يقول اذا اعتق المولى العبد الجاني مع العلم بالجناية
كان مختارا للفداء فيطالب بارش المقتول لانه لو فداه لفداه بالارش
وبالاعتاق قد اختار الفداء فيطالب بالارش وان كان قيمته اقل

من ارش المقتول وهنا لو اعتق العبد المأذون المديون مع العلم بالدين
يجب عليه قيمة العبد مع انه لو اختار فداءه لفداه بقضاء الدين دون
اداء قيمته فوجب ان يكون بالاعتاق مختارا للدين فيؤاخذ بكل الدين
فالفرق بين اعتاق العبد الجاني بعد العلم بالجناية واعتاق العبد
المأذون المديون مع العلم بكونه مديونا من حيث ان اعتاق الجاني
يوجب الارش على المولى واعتاق المديون يوجب قيمته لا دين الغرماء
مع ان الاعتاق في المسئلتين اختيار للفداء وفداء المديون بقضاء
الدين كما ان فداء القاتل بارش المقتول مشكل وجوابه ان الموجب
الاصلي في جناية العبد خطأ انما هو ارش المقتول غيرانا جعلنا للمولى
ولاية الدفع تحرزا عن استيصاله فاذا اختار ان يكون العبد له ويفدي
الدفع من قتله بالاعتاق وجب عليه الارش اما العبد المديون فللغرماء
فيه حق البيع والاستسعاء جميعا فاذا اراد ان يستخلص العبد لنفسه
فقد منعهم عن البيع واستيفاء الحق ناقصا وكذا عن الاستسعاء واستيفاء
الحق كاملا فعليه ان يقضي دينهم لانه منعهم عن استيفاء كل الدين بالا
فاما اذا اعتقه فلم يمنع عن الغرماء الا بيعهم اذ حق الاستسعاء لا يبطل
بالاعتاق نص عليه في الكافي حيث قال مدبر مديون اعتقه المولى
لا يضمن شيئا لانه لم يتلف حق الغرماء لان حقهم كان في استسعاء المدبر
وهو باق هذا كلامه واذا كان حق الاستسعاء باقيا بعد الاعتاق
لم يكن المولى باعتاق المأذون المديون مبطلا حق الغرماء في استيفاء كل
الدين بالاستسعاء انما يكون مبطلا حقهم في البيع واستيفاء الحق
من قيمته لا غير فلا يضمن الا قيمته هذا ولكن لما كان حق الغرماء في الاستسعاء
باقيا وجب ان يكون الغرماء مخيرين بين استسعاء العبد المعتق وبين
تضمين المولى قيمة العبد لا ان يجب الضمان على المولى حتما كما يشعر به قوله
والمولى ضامن قيمته للغرماء فان اخبار المجتهد كاخبار الشارع من جهة
ان كلا منهما محمول على الوجوب **قوله** تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان
وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم **فان قلت**
حقهم التام المؤخر والناقص المعجل وقد وصل اليهم الثاني فينبغي ان يردوا
البيع لفوات حقهم في التام المؤخر **قلت** قد رضوا بسقوط حقهم حيث
اخذوا الثمن فلا يكون لهم رد البيع كذا في الشان **وفيه نظر** اما اولا
فلان هذا التأويل على هذا المعنى مستدرك بقوله فلهم ان يردوه اذ
معناه لهم ان يخيروا ولهم ان يردوه والاجارة اما بالتصريح او بالدلالة

واخذ

واخذ الثمن اجارة دلالة فكان مستدركا لا يحتاج اليه واما ثانيا
فلانهم لو رضوا بالبيع وفيه محاباة صح البيع وسقط حقهم فلا فائدة حينئذ
في قوله ولا محاباة في البيع فالوجه ان يقال المراد بقوله فان وصل ولا محاباة
في البيع وصول الثمن وافيا بديونهم كانه قال وان وصل الثمن وافيا بديونهم
ليس لهم ان يردوه لان الثمن اذا كان بمثل القيمة يكون وافيا بالدين غالبا
اذ الناس قلما يعاملون باكثر من مالية الرقبة فكنى بوصول الثمن حال عدم
المحاباة عن وصوله وافيا بديونهم والثمن متى كان وافيا بالديون ووصل
اليهم فلا خيار لهم لوصول حقهم اليهم كملا وانما الخيار اذا لم يكن وافيا
او لم يصل وبهذا سقط ما ذكر الشارح ان حق العبارة ان يقول تأويله
اذا باع بثمن يفي بديونهم بل الاولى ما قال بالمعنى الذي ذكرنا لانه لو قال
بهذه العبارة لم يحصل الغرض ايضا لان البيع بثمن واف لا يسقط ولاية
الرد ما لم يصل الثمن اليهم

كتاب الغصب

قوله اخذ مال
متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حقيقة او حكما لما اذا
منع المودع الوديعة عند الطلب ومنع الغاصب ولد المغصوبة عند
طلبها لان للمالك ولاية الاسترداد فلما منعه كان مزيلا ليده تقديرا
قال الشارح ذكر مسئلة في اوائل فتاوى قاضيخان تخالفه وكذا في الذخيرة
وقال رجل غصب عجولا فاستهلكه ويبس لبن امه قال ابو بكر البلخي يضمن
قيمة العجول ونقصان الام جميعا وجب نقصان الام وان لم يفعل الغاصب
فعلا يزيل يد المالك **قلت** الاموال تارة تضمن بالاتلاف مباشرة
او تسببا على وجه التعدي كما لو حفر بئرا في قارعة الطريق فماتت فيها
شاة وطورا بالغصب فالضمان لا يستلزم الغصب وان كان الغصب
يستلزمه ووجوب ضمان نقصان الام انما هو بالاتلاف تسببا لا بالغصب
فلا مخالفة **قوله** ومن غصب شيئا له مثل اي عند الغاصب فلا يرد
ما اذا غصب مسلم خمرا للذمي حيث يجب عليه قيمته للذمي لا مثله وان
كان للخمر مثل لانه لا مثل له عند المسلم اذ المسلم ممنوع تمليك الخمر
قوله وعند ابي يوسف رح انه لما انقطع الخ قال الشارح تقديم قول ابي يوسف
في التعليل اما لان المختار قوله او لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب
الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات يوم الغصب ثم يوم الانقطاع
ثم يوم الخصومة فاورد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة **قلت** وفي الوجه
الاول نظر لما عرف من دأب المصنف رحمه الله انه يؤخر المختار وبالتأخير
استدل الشارح على الاختيار في غير موضع منها ما قال في ادب القاضي

عند قوله ويكره تلقين الشاهد واستحسنه ابو يوسف رحمه الله حيث
قال ثم تاخير دليل ابي يوسف وتسميته بالاستحسان كان ذلك دليلا على ان
المختار عنده قوله ومنها ما ذكر في باب الوصية بالسكنى عند قوله فاذا
فصل احد الايجابين فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد
الامة الموصى بها والولد بينهما حيث قال ثم تاخير تعليل محمد وذكر
وجوابه عما قاسه ابو يوسف رح واطلاق الروايات والتعليل على قول
محمد رحمه الله من غير خلاف في اصول الفقه لشمس الائمة وفخر الاسلام
كل ذلك دليل على ان المعول عليه قول محمد رحمه الله ومنها ما ذكر في الز
في مسئلة ان انكار الوصية هل يكون رجوعا ام لا حيث قال وفي تاخير
دليل محمد رح يدل على انه اختار قوله ومنها ما ذكر في كتاب الخنثى عند قوله
قال محمد رح المال بينهما على اثنى عشر سهما حيث قال فتقديم قول محمد رح
مع تاخير دليله يدل على ان المختار عنده قوله قوله ولهذا لو صبر الى اخره
اي لا يجبر على القبول لو اتى الغاصب بالقيمة بعد الانقطاع ولو كان
انتقل اليها بالانقطاع يجبر كما في غير المثلي وكما اذا قضى القاضي بالقيمة
كذا في الشاهان قلت هذا يشير الى انه يجبر على قبول القيمة في غير
المثلي بمجرد الهلاك وذلك خلاف ما ذكر المصنف رح في الصلح من ان
حق المالك في عين الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء قوله
بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب وقد يقال
ذكر قبيل باب التبرع بالصلح ان حق المالك في غصب الثوب ونحوه في عين
الهالك حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه
في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان مقدر بالمثل وانما ينتقل
الى القيمة بالقضاء وهو تصريح بان الحق في غصب غير المثلي انما ينتقل
الى القيمة بالقضاء كما في المثليات اذا انقطع المثل وقد اشار هنا
الى خلاف ذلك الا ان يقال ما اشار اليه هنا من ان الحق في المثلي
انما ينتقل الى القيمة بالقضاء وفي غير المثلي بمجرد الغصب اراد به ان نفس
وجوب القيمة في المثلي بالقضاء وفي غير المثلي بنفس الغصب وما ذكر
في الصلح من ان الانتقال في غير المثلي الى القيمة بالقضاء اراد به انقطاع
حقه عن العين وتقرره في القيمة ولا شك ان القيمة ان كانت تجب
في غير المثلي بنفس الغصب فالحق انما ينقطع عن العين ويتقرر في القيمة
بالقضاء فلا تنافي لان ما اشار اليه هنا من وجوب القيمة بنفس الغصب
لا ينافي ما صرح به في الصلح من ان الانتقال بمعنى انقطاع حقه عن العين

ونقرره

ونقرره في القيمة بالقضاء لان وجوب القيمة بنفس الغصب لا ينافي بقاء
حقه في العين وعدم تقرره في القيمة كيف وقد اجمعوا على ان حقه عن العين
لا ينقطع وان كان الموجب الاصلي للغصب هو وجوب القيمة نعم يشكل
الفرق على اصل ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما بين المثلي اذا انقطع وغير المثلي
على قول من يقول بان الموجب الاصلي للغصب هو رد العين ورد القيمة
مخلص بان القيمة على قوله انما يجب في غير المثلي بعد تحقق العجز عن العين
لا بمجرد الغصب كما انها يجب في المثلي اذا انقطع المثل عند تحقق العجز عن المثل
ثم يعتبر في غير المثلي قيمته يوم الغصب
قيمته يوم القضاء او يوم الانقطاع وكان ينبغي على قوله
كانت تجب في غير المثلي بعد العجز عن العين لا بمجرد الغصب لكن الغصب كما وجد انعقد
سببا لوجوب القيمة لانها هي الاصل فيه فيستند الوجوب الى وقت الغصب
فتعين قيمته يوم الغصب اما في المثلي فلا ينعقد الغصب سببا لوجوب القيمة
كما وجد بل ينعقد سببا لوجوب المثل لانه هو المقدم في المثليات لكن
عند العجز عنه يصير سببا بطريق الانقلاب فلا يستند الوجوب فيه
الى الغصب بل يقتصر على يوم القضاء فيتعين قيمته يوم العجز لانه يوم السبب
في حق القيمة قوله لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد اي على صاحب
اليد رد ما اخذت حتى ترد والتمسك على وجوب الرد بهذا المعنى ظاهر
وان كان المعنى على صاحب اليد ضمان ما اخذت او قيمة ما اخذت
حتى ترد فالتمسك بناء على ان القيمة انما يجب خلفا عن العين ووجوب
الخلف يستدعي وجوب الاصل اذ الخطاب يتوجه الى الاصل ثم ينتقل
الى الخلف قوله وهو الموجب الاصلي الى قوله وقيل الموجب الاصلي
القيمة ظاهره يشعر بان القول بان الموجب الاصلي هو رد العين
هو قول الاكثر والقول بان الموجب الاصلي هو القيمة قول البعض
على خلاف الاكثر كما يدل على ذلك لفظ قيل ولكن نص في كتاب الرهن
بان اكثر المشايخ على ان الموجب الاصلي للغصب هو القيمة ورد
العين مخلص قوله لانه قاصر اذ الكمال في رد العين مشكل لان كونه
قاصرا وكون الكامل هو رد العين يقتضي ان يكون الاصل هو رد
العين ويكون القيمة خلفا عنه ولكنه لا يقتضي ان يكون رد العين
هو الموجب الاصلي للغصب كيف ورد العين نقض للغصب وابطال
له فيكون منافيا للغصب والشيء لا يكون سببا لما ينافيه لا يقال
انه سبب لوجوب رد العين والمنافاة انما هو بين الغصب ونفس الرد

دون وجوبه لانا نقول الوجوب غير مطلوب بذاته بل المطلوب منه هو
الاداء فما كان منافيا للاداء كان منافيا للوجوب ايضا **قوله** لان
المضمونات تملك باداء الضمان مشكل لان المضمون هنا النقصان والنقصان
لا يحتمل التملك الا ان يقال لما تعذر تملك المضمون جعلنا العلة التي
هي سبب النقصان مملوكة احترازا عن اجتماع البدلين في ملك واحد
بقدر الامكان **قوله** وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك
الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان وهو التعدي فلم يكن
التصرف في ملكه **فان قلت** لو لم يستند ملك المودع الى ما قبل التصرف
لما نفذ بيع المودع من جهته والرواية محفوظة ان المودع اذا باع وسلم
الى المشتري ثم ضمن ينفذ البيع من جهته **قلت** قد ذكرنا ان البيع الموقوف
عنها نفذ من جهته لان الملك عند الضمان يثبت من وقت التسليم والبيع
سابق عليه بل ينعقد بينهما بيع بالتعاطي بقبض المشتري فعلم ان
ملكه لا يستند الى ما قبل التصرف لان تصرفه على وجه التعدي هو التسليم
والملك لا يثبت قبل ذلك **قوله** فوهبها اي وهب الغاصب الجارية ودليل
ما قال فخر الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان الخبث ثابت بالشبهة فيعمل
في التصدق لا في التضمين ولو ثبت التصدق بعد الاستهلاك لم يثبت
الا بواسطة التضمين ولا سبيل الى التضمين لان الانسان لا يضمن
اتلاف ملك نفسه **قوله** لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس مشكل
لما ذكر في المضاربة من قوله وان كان معه الف بالنصف فاشترى به
عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على
المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر
الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر
ظهر الربح وهو الالف بينهما هذا كلامه وهو تصريح بتبين الربح في العين
الواحد قبل ان يصير المال ناضا **قوله** ذاهبت الريح في الحنطة يقال
هبت الريح به بزايد باداورا فالباء للتعدية فكان الصواب هو
ان يقال هبت الريح بالحنطة بالباء دون في فكانه تساهل بناء على ان
الحروف يستعمل بعضها مكان البعض فاستعار في للباء **قوله** دون
معظم المقاصد اي بعض المقاصد المطلوبة منها **قوله** بخلاف الشاة
لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ **فان قلت** نعم ولكنه لا يبقى بعد
بعد التاريب والمقيس عليه هو ما ذبحها وسلخها وارثها **اجيب** بانه لما
لم يزل اسمها بالذبح والسلخ بقي حق المالك بعد السلخ وبعد ذلك

ليس

قوله

فان قلت لو استحال ثبوت اليد على العقار كما حققه المصنف رح
لزم ان لا يصح هبته وانه لا يوجب الملك الا بثبوت يد الموهوب له
عينه ولزم ان لا يصح جعله رأس مال السلم لوجوب تسليمه في المجلس
بل يجب ان لا يصح بيعه اصلا لان امكان تسليم المبيع شرط
لصحة البيع الا يرى انه لا يصح فيما اذا كان المالك يتعذر بالتسليم
فكيف فيما يستحيل تسليمه **اجيب** بان قبض العقار ان كان لا يتصور
حقيقة فقبضه اعتبارا بدخوله تحت التصرف ممكن ثم القبض
قد يقع موجبا للضمان كقبض الغاصب وقبض لا يوجبه كقبض
الهبة وقبض المشتري المبيع فقلنا الضمان لا يجب الا بقبض
حقيقي بان يثبت اليد حقيقة وحكما اما ما لا يوجب الضمان فيكفي
هناك ثبوته حكما

ليس من منافعها الا الاكل والتاريب وان كان يزيل الاسم فلا يفوت
المنفعة التي كانت فيها المالك قبل وقوع التاريب عليها فلا يزول
حقه عنها بخلاف ما اذا اشتراها حيث يفوت به بعض مقاصده المعظمة
وهو الطبخ فيزول حقه فصار كانه غصب المذبوحة المسلوخة ثم اربها
وفيه لا يزول حق المالك فكذا اذا وقع التاريب وحق المالك لم ينقطع
بعد **قوله** ومعناه الاصلي الثمنية اي وضع ليجعل ثمنا بالضرب فكان
الضرب محققا لما وضع له لا مغيرا وليس معناه ان التبر ثمن وضعا وبالقرن
لا يبطل ثمنيته لانه اختار هنا ان التبر لا يصلح رأس المال في الشركة
والمضاربة وقد مر في كتاب الشركة ان من جعل التبر ثمنا لا يتعين
بالتعيين فهو عنده يصلح رأس المال فيهما انما لا يصلح لذلك عند من جعله
سلعة يتعين بالتعيين **قوله** غير متقومة مطلقا يعني انها متقومة
عند المقابلة بخلاف جنسها غير متقومة عند المقابلة بجنسها وتقومها
ان كان يوجب انقطاع حق المالك فعدم تقومها يوجب ان لا ينقطع
فقلنا لا ينقطع بالشك **قوله** ومن غصب ساحة فبنى عليها زال عنها
ملك مالكها هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة اما لو كانت
قيمة الساحة اكثر من قيمة البناء فلا يزول ذكره في الذخيرة كذا في الشرح
ولكن تعليل المصنف بقوله ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض
بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
يقتضي ان يزول ملك مالكها وان كانت قيمة الساحة اكثر لان ضرره
لا يمكن جبره سواء كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة او بالعكس وضرر
المالك منجبر بالقيمة في الوجهين وايضا حق المالك في الساحة صار مستهلكا
من وجه كما وقعت الاشارة اليه بقوله وقد مر الوجه من الجانبين وحق
الغاصب في البناء قايم من كل وجه فكان حقه احق بالاعتبار والترجيح
بكثرة القيمة انما يكون عند قيام الحقين الا يرى انه لو غصب حنطة
فطحنها يزول عنها ملك مالكها مع ان قيمة الصفة اقل من قيمة العين
ولكن لما كان حق الغاصب قايما في الصفة من كل وجه وحق المالك مستهلكا
من وجه اعتبر حق الغاصب **قوله** وادخلنا الخ **فان قلت** هذا ينافي
فيما اذا غصب ارضا فبنى عليها فانه يجبر على قلع البناء ولا يزول ملك
المالك عن الارض ولا يجب على الغاصب قيمة الارض وينبغي ان يكون
كمسئلة الساحة لئلا يبطل حق الغاصب لا الى خلف **قلت** لو اوجبنا
في مسئلة الارض القيمة على الغاصب لتضرر به اكثر مما يتضرر به بنقض البناء

حيث لا يدخل الارض في ملكه لعدم سبب الملك وهو الغصب والاتلاف
اما الغصب فلانه لا يتحقق في العقار واما الاتلاف فلانها تبقى بعد البناء
كما كان فلا يمكن دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة الارض بل فيه اضرار
وفيه نظر لانا لو اوجبنا القيمة كان مبادلة جبرية والمبادلة سبب الملك
والجبر قد يجري في المبادلات كالاخذ بالشفعة والقسمة وقضاء الديون
وهنا وجه اخر ان يقال انه لا يمكن هنا ايجاب القيمة فاما ان يجب بالاتلاف
او بالغصب والاتلاف غير متحقق لبقاء الارض من كل وجه وغصب العقار
لا يوجب الضمان فيفوت حق المالك لا الى خلف وحق الغاصب لا يفوت الا
انه ينتقص والنقصان اهون من الفوات هذا ولكن النظر السابق يتاتى فيه
ايضا لامكان ايجاب القيمة بالجبر على المبادلة دفعا للضرر من الجانبين
الا ان يقال ان ايجاب القيمة لا يدفع الضرر عن المالك من كل وجه بل يلحقه
الضرر لفوات حقه في الصورة والغاصب ايضا يتضرر بنقصان حقه فاستوى
الضرران وتحمل ضرر الغاصب اهون لانه استحق الضرر بالتعدي والمالك
لا يستحقه اصلا على ان ضرر المالك في بطلان حقه في صورة الارض اشد
لانه مال يبقى على الدهور ولا يخشى لان منفعته متجددة في كل فصل حتى ورد
نهي الشفعة عن بيع الارض من النبي صلى الله عليه وسلم فيكون اضرار الغاصب
احق من اضرار المالك بخلاف مسئلة الساحة لان منفعته في ما لبنى لا في عينه
والمالية تصير من عينه بايجاب القيمة فلا يتضرر به المالك اما الغاصب فيتضرر
بنقصان حقه وكان مراعاة حق الغاصب احق قوله قال ابو عصمة في اصل المسئلة
اي في قوله ومن غصب ثوبا وصبغه احمر احترز بهذا القيد من ان يتوهم
ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متصل بما يليه من مسئلة الانصباغ فان
قلت قوله لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين
في البيع ينافي ان يكون هذا الحكم في اصل المسئلة وهي ما اذا غصب ثوبا وصبغه
احمر لان ثمة لصاحب الثوب ان يتملك الثوب بالقيمة او يضمن الغاصب قيمة ثوب
الابيض فلا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة لجواز ان يضمن الغاصب
قيمة الثوب الابيض اجيب بالتزام حذف المعطوف اي وعند امتناعه تعين
رعاية الجانبين في البيع او في تضمين الغاصب قيمة الثوب الابيض فيميل
الى ايهما شاء قوله ويتاتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي يتاتى خيار
البيع في صورة الانصباغ ايضا لان له ان لا يتملك الصبغ فيباع الثوب رعاية
للجانبين وفي الشاهان يعني ان ما قاله ابو عصمة لا يتاتى في اصل المسئلة
لان ثمة لصاحب الثوب ان يتملك الصبغ او يضمن الغاصب واذا كان ذلك

لا يتعين

لا يتعين البيع عند امتناعه من التملك بالقيمة وفيما اذا انصبغ ليس له ان يضمن
صاحب الصبغ لما انه غير جان فيه فتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة
هذا لفظه وهكذا ذكر في حاشية الكبير وعلى هذا يكون قوله ويتاتى الخ اعتراضا
على ابي عصمة من حيث انه قال في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه الخ وهذا
لا يتاتى في اصل المسئلة بل في مسئلة الانصباغ وقد يقال ما قاله يتاتى في اصل
المسئلة ايضا لكن بحذف المعطوف من دليله اي يتعين رعاية الجانبين في البيع
او في تضمين الغاصب قيمة الثوب الابيض وقوله يتاتى الخ لبيان ان هذا الحكم
وهو خيار البيع وان ذكر في اصل المسئلة فهو يتاتى في مسئلة الانصباغ
ايضا لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة فيباع الثوب رعاية للجانبين فصل
قوله نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قلت القضاء
بجواز بيع المدبر انما ينفذ لانه يصادف فصلا مجتهدا فيه لان الشافعي يجوز
بيعه فينفذ بيعه بعد القضاء بنفاذه كما هو مذهبه وانه يجوز بيعه في حال
التدبير ويقول بانفساخ التدبير حكما لنفاذ البيع لا شرطا له فاذا نفذ
القضاء عندنا لمصادفته فصلا مجتهدا فيه وجب ان يفسخ التدبير حكما للبيع
لا شرطا له فيكون البيع مصادفا للمدبر دون القن يعرف بالتامل قوله وضرورة
لان الدليل يابي ثبوت ملك الغاصب لكونه عدوانا والملك نعمة وانما يثبت
الملك له ضرورة القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه كذا في الكافي وفيه بحث
اذ الملك ربما يثبت للغاصب ولا يجب عليه الضمان كما لو غصب خمر المسلم فخللها
بالقاء الملح فيه ملكها الغاصب ولا شيء عليه وسياتيك ان شاء الله تعالى
فلو كان الملك للغاصب لضرورة وجوب الضمان عليه لم يملك فيما لا يجب عليه
ضمان لوجوب انتفاء المشروط عند انتفاء الشرط قوله لوجود الغصب اي
على اصل الشافعي لان الغصب عنده عبارة عن اثبات اليد المبطلة ولا يشترط
ازالة اليد المحقة قوله فهو ضمان جناية ان اراد ان ضمان صيد الحرم ضمان
الفعل دون المحل فذلك خلاف المذهب فانهم قد ذكروا فيما تقدم ان ضمان
صيد الحرم ضمان المحل حتى لو اشترك الحلالان في قتل صيد الحرم يجب عليهما
جزاء واحد ولو كان ضمان الفعل لكان على كل منهما جزاء على حدة كما اذا اشترك
المحرمان على قتل الصيد على ان هذا الفرق وهو ان يكون ضمان صيد الحرم
ضمان الجناية وضمان المغصوب ضمان المحل لا يوجب التفرقة بينهما بان يضمن
ولد ظبية الحرم ولا يضمن ولد المغصوبة يعرف بالتامل وان اراد ان ضمان
صيد الحرم ضمان مبني على ازالة الامن من الصيد فهذا لا يوجب التفرقة

لان ضمان المغصوب ايضا ضمان مبني على الجناية الا ان الجناية فيه
بابطال يد المالك وفي الصيد بازالة الامن عنه فالاولى ان يقال
ولو اطلق الجواب فالفرق ان ضمان الصيد بناء على ازالة الامن
عنه وذلك حاصل بمجرد وقوعه في يده وضمان المغصوب بازالة يد
المالك ولم يوجد الازالة في حق الولد فلا يضمن بعد الطلب ثم المنع
وفي الكافي واذا هلك ولد الظبية قبل التمكن من الرد الى الحرم لا يضمن
وانما يضمنه اذا هلك بعده لان الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه
برد الاصل مع الولد الى مامنه فوجد المنع بعد الطلب وهو سبب الضمان
ولان الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم امن
صيدا وذا في تنفره وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلاف
لمعنى الصيدية حكما وقد يحقق ذلك في الولد باثبات اليد فاما الاموال
محفوظة بالايدي وانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي لا باثبات اليد
عليها هذا كلامه ولله دره ما ادق نظره حيث لم يتبع صاحب الهداية
في التخريج على تقدير الاطلاق بقوله ولو اطلق فهو ضمان جناية وهذا
يتكرر بتكرره بل عدل عنه الى تعليل واضح وفرق بين **قوله** وهذا يتكرر
بتكررها اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان باخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان
اخر كذا وجدت بخط شيخي رح ويحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب
الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه
اوفق برواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم
الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المالك وفي الغصب اذا وصل
المغصوب الى يد المالك كما غصب لا يجب الضمان ولكن يتكرر وجوب
الرد بتكرر الغصب فكذا هنا كذا في الشرح ولا يخفى انه بهذا المعنى لا يصلح
قوله وهذا يتكرر بتكرره بابتداء القول فهو ضمان جناية اذ التكرر بهذا
المعنى متحقق في الغصب وليس فيه ضمان الجناية بل ضمان المحل وقد يقال
المراد بالتكرر التعدد اي وهذا يتعدد الضمان بتعدد الجناية فانه
اذا اشترك المحرمان على قتل صيد الحرم يجب على كل واحد ضمان كامل
ولو كان ضمان المحل لوجب على كل نصف الضمان وفيه نظر اذ الكلام في
على ظبية الحرم وضمان صيد الحرم ضمان المحل دون الفعل حتى لو اشترك حلالان
في قتل صيد الحرم يجب جزاء واحد وانما يجب على كل من المحرمين تمام القيمة
اذا اشتركا في قتل صيد الحرم باعتبار الجناية في الاحرام لا باعتبار الجناية

على صيد

على صيد الحرم حتى لو اشتركا في صيد الحل يجب الضمان على كل بتمامه ايضا
ثم انا لما اوجبنا عليهما ضمان الاحرام سقط عنهما ضمان الجناية على صيد
الحرم لان الضمان على المحرم ان كان يجب بالجناية في الاحرام من حيث
ان الله تعالى سماه كفارة فهو ضمان المحل من حيث انه اعتبر المماثلة
فيه فلو اوجبنا ضمانا اخر باعتبار الحرم لتكرر ضمان المحل من وجه وانه
غير مشروع ولان حرمة الاحرام اقوى من حرمة الحرم على ما عرف فلم يعتبر
بمقابلته **قوله** وتخريج الثانية اي الرواية الثانية ان الولادة ليست
بسبب لموت الام **فان قلت** ذكر بعد هذا ان الولادة سبب للموت
حيث قال والهلاك بعده بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة
وقال وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها
ذلك فقد اشار الى ان سبب الموت عنده هو الحبل وانه لا يفضي اليه
غالبا **قلت** لا شك ان الولادة ليست بسبب للموت وضعا حيث
لا يفضي اليه غالبا ولكنها اذا ماتت بالولادة فقد افضت الى الموت
فنفي السببية اولا نظرا الى الوضع وعدم افضائها اليه غالبا واثبتها
نظرا الى انها افضت الى الموت فكانت سببا من وجه دون وجه فقلنا
بان النقصان الحاصل بالموت لا ينجبر بالولد لان من شرطه اتحاد
السبب وفيه شبهة لانها لو اعتبرت سببا للموت كان السبب متحدا
فينجبر النقصان بهذه الزيادة والا لم يتحد فلا ينجبر النقصان والنقصان
ثبت بيقين فلا يسقط اعتباره بالشك وفيما اذا غصب جارية
فزنى بها فحبلت ثم ردت فماتت في يد المالك يضمن قيمة الجارية
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان الواجب هو الرد كما اخذ وقد وقع
الشك فيه اذ العلوق من حيث انه ليس بسبب للموت وضعا يكون
هذا ردا كما اخذ ومن حيث انه افضى الى الموت كان سببا فلا يكون
رد الجارية كما اخذ والرد كما اخذ لم يكن فلا يثبت بالشك وكذا الضمان
قد وجب على الغاصب فلا يسقط بالشك هذا ولا يخفى عليك لان
عدم كون الولادة سببا للموت غالبا لا ينافي ان يقع سببا له باتفاق
الحال اذا افضت اليه فلا شك انها لما ماتت بوضع الولادة فقد افضت
الى الموت البتة فلا يكون للموت سبب غيرها فكان النقصان مضافا
اليها والولد ايضا حاصل بها فاتحد سبب النقصان والزيادة وغاية
ما يمكن ان يقال ان الولادة لما لم تكن سببا للموت غالبا تمكنت
شبهة الموت بسبب اخر غير الولادة لجواز ان يحدث عقيب الولادة

سبب اخر للموت ويجوز ان يكون السبب وجع الولادة فلم يتيقن بانه
سبب النقصان والزيادة فلا يحصل الانجبار بالشك وفيما اذا غصب
جارية فزنى بها فحبلت ثم ردت فماتت بالولادة فقد دار الضمان الواجب
بنفس الغصب بين ان يسقط بان يكون سبب الموت غير الولادة وان
يبقى اذا كان السبب هي الولادة فلا يسقط بالشك **قوله** والخصى
لا يعد زيادة فى المالية لانها انما تتحقق برغبة عامة الناس وهى
ليست بمرغوب به عند العامة انما هى رغبة بعض الجهال بظنهم ان الخصى
كالمحرم وهذا مشكل لما ذكر فى الكافى فى كفارة الظهار حيث قال
ويجوز الخصى والمجبوب ومقطوع الاذنين وقال زفر رحه لا يجوز لفوات
جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية ولنا ان منفعة السمع باقية فلا يصير
الرقبة به مستهلكة وانما الفايت به كمال رقبته وصار كفوات شعر
الحاجبين واللحية والجب والخصى يزيدان فى المالية وهو المقصود فى التكفير
هذا كلامه وجه الاشكال ظاهر وجوابه ان الزيادة الحاصلة
بالخصى والجب موجودة حقيقة حيث يقوم الخصى باضعاف ما يقوم
الفحل وليس الخبر كالمعاينة معدومة لانها حصلت على اعتبار ظن
الجهلة ان الخصى كالمحرم ولو كانت موجودة من كل وجه انجبر به النقصان
وضمن غاصبهما قيمتهما خصيا ومجبوبا فلما كانت موجودة من وجه
دون وجه قلنا لم ينجبر بهما النقصان لان النقصان يوجب الضمان
البتة وفى الانجبار شك فلا يسقط الضمان بالشك وكذا الشك
فى تضمين الزيادة اذا غصب الخصى والمجبوب وهلكا عنده فلم يثبت
الضمان بالشك واما جواز الكفارة باعتاقهما فنقول فوات جنس
المنفعة من كل وجه يوجب شبهة الهلاك فيسقط به الكمال فى الرقبة
المخرج عن العهدة وفوات جنس المنفعة بالخصى والجب لو لم يكن مجبورا
بالزيادة الحاصلة بهما فى القيمة لاورث شبهة العدم فلما كان منجبرا
بالزيادة ولو من وجه تنزلت شبهة العدم الى شبهة الشبهة والمعتبر
هو الشبهة دون النازل عنها وبعبارة اخرى ان المانع من التكفير
انما هو النقصان الفاحش كنقصان الاعمى ومقطوع اليدين ونقصان
ام الولد والمدبر اما تمام النقصان كنقصان الاعور ومقطوع احدى اليدين
ونقصان الخصى من وجه بوجود هذه الزيادة فلا يقع
النقصان من الفاحش التى هى
قوله وفى فصل الشرى الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

فان قلت

فان قلت تسليم البايع وان كان صحيحا فلا شك ان المبيع اذا هلك
فى يد المشترى بسبب وجد عند البايع ينتقض التسليم ويصير كانه
مات فى يد البايع الا يرى انه لو سلم العبد المبيع مشغولا بالجناية فقتل
او دفع بها فى يد المشترى رجع الى البايع بكل الثمن والولادة التى مات
الجارية المبيعة بها مضافة الى العلوق الذى كان فى يد البايع فيصير
كانها تلفت بيد البايع **اجيب** بما ذكرنا ان الولادة ليست بعلة موضوعة
للموت بل الغالب السلامة فاذا ماتت عند الولادة احتمل ان يكون سبب
موتها وجع الولادة فيكون الموت مضافا الى ما فى يد البايع فيسقط الثمن
واحتمل ان يكون بسبب اخر حدث قبل الولادة او بعدها فلا يكون الموت
مضافا الى ما فى يد البايع فهذا يسقط كل الثمن والثمن قد وجب بيقين
فلا يسقط بالشك وفى فصل الغصب الضمان قد وجب بنفس الغصب
فلا يسقط بالشك **قوله** ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من مسائل
فان قلت اتحاد السبب ليس بشرط الانجبار للنقصان الا يرى ان
نقصان الهزال وسقوط السن ينجبر بالثمن والنبات مع ان السبب
مختلف **اجيب** بان اتحاد السبب انما يشترط اذا لم يكن الزايل من اجزاء
المنتقص كالولد اما اذا كان من اجزائه وثمرته فلا حاجة الى اتحاد
السبب بل الجزئية يكفى للانجبار سواء كان السبب متحدا او مختلفا
فان قلت الصوف والقوايم من اجزاء الغنم والشجر مع ان النقصان لا ينجبر
بهما **اجيب** بان الصوف والقوايم فى حق الغصب كالعين المنفصل من حيث
ان لهما قيمة بانفرادهما وورد الغصب عليهما مقصودا فصار كالولد فيعتبر
اتحاد السبب وهو ليس بمتحد **قوله** يضمن قيمتها يوم علقت مشكل اذ الواجب
هنا ضمان الغصب دون الاتلاف وغصب غير المثلى يوجب قيمته يوم
الغصب اذا هلك بفعله او بغير فعله فينبغى ان يجب هنا قيمة يوم الغصب
لا يوم العلوق اللهم الا ان يفرض المسئلة فيما اذا غصب الجارية بفعل
الزنى فحبلت به ثم ولدت بعد الرد وماتت بالولادة **قوله** بخلاف الحرة
لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وقد يقال الحرة
ان كانت لا تضمن بالغصب فهى تضمن بالاتلاف مباشرة او تسبيبا وقد تسبب
لتلفها بالزنى معها مكرهة من حيث ان الزنى سبب الحبل والحبل سبب
الولادة والولادة سبب الموت وجوابه ان الولادة ليست بسبب
الموت وانها ليست بعلة وضعت للموت حتى يضاف الموت اليه البتة
بل قد تفضى اليه باتفاق الحال فاذا ماتت عند الولادة احتمل ان يكون

٣٣٩/٧/١٤

الموت بالولادة واحتمل ان يكون الموت بسبب اخر حدث بعد الولادة
او قبلها فان كان الموت بالولادة وجب ضمان الحرة على الزانى وان
كان بسبب اخر لا يضمن فلا يجب الضمان بالشك **قوله** انها حصلت
على ملك الغاصب هذه المقدمة غير مسلمة **قوله** لحدوثها فى امكانه
اى تصرفه قلت ثمار الاشجار المغصوبة لا يملكها الغاصب مع حدوثها
فى امكانه وتصرفه وبالجملة ان المنافع تابعة للعين فيكون فى ملك
مالك العين سواء كان فى يده او فى يد غيره كالتمر والولد قال الشارح
ولنا انها حصلت فى ملك الغاصب لانها حدثت بفعله وفعله كسبه
والكسب علة لثبوت الملك فى المكسوب للكاسب وذلك لان المنفعة
عبارة عن اللذة والراحة من دفع الحر والبرد وانها تحصل بالانتفاع
والانتفاع بكسبه فكانت المنفعة ملكا له هذا لفظه قلت لو كانت
المنافع حادثة بكسب الغاصب [فعله] ملكا له وجب ان تحدث منافع
المستاجر ايضا بكسب المستاجر وفعله فيكون ملكا له فيجب ان لا يجب
عليه ضمانه وبدله اذ الانسان لا يضمن مملوكه ولا يجب عليه عوض
ملكه ولكن العوض فى الاجارة يجب على المستاجر فعلم ان المنافع
تحدث على ملك المالك ثم تدخل فى ملك المستاجر بالعوض **قوله** فقد
وجدا تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه وقد يقال تضمين الخمر بالقيمة
ظاهر لان القيمة فى ذوات الامثال ليست فى حكم العين حتى لو مر الذمى
على العاشر بخمر ياخذ من قيمتها فاما تضمين الخنزير بالقيمة فمشكل لما مر
فى باب العاشر انه لو مر ذمى بالخنزير لا ياخذ من قيمتها لان القيمة
فى غير ذوات الامثال فى حكم العين ولما كانت قيمة الخنزير فى حكم عينها
وتمليك عين الخنزير من المسلم لا يجوز فكذا تمليك قيمته التى هى فى حكم
العين وجوابه ان للقيمة فى ذوات القيم حكم العين وليست بعين حقيقة
فقلنا لا يصح للمسلم اخذ قيمة الخنزير ويجوز اعطاها عملا بجهتى حقيقة
والحكم ولم يعكس لان فى الاخذ اعزاز مطلق وفى الاعطاء اعزاز من حيث
انه يقصد بالتمليك استهانة من حيث عن الملك وهو كالانتفاع
بالسرقين بالقائه فى الارض لكثرة الريع فلو جاز الاخذ لجاز الاعطاء
بالطريق الاولى فلم يتحقق العمل بالوجهين والله اعلم

كتاب الشفعة

كان المناسب ان يذكر الشفعة مع كتاب البيوع لان البيع شرط او سببه
ولكن ذكره مع الغصب بجامع ان فى كل منهما تملك الانسان مال غيره بغير
رضاه لا يقال الغاصب لا يتملك الا اذا اختار المالك التضمين

تم كتاب البيوع بعون الله تعالى

حتى لو تركه

حتى لو تركه كان الكفن عليه لان الغاصب قد يتملك بغير رضاه اذا تغير عنده
على ان تملك الغاصب ان كان يتوقف على رضاء المالك واختياره للضمان
فتملك المالك على الغاصب الضمان لا يتوقف على رضاه والله اعلم **قوله**
وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لانه
كما لا يقول بالشفعة بالجوار لا يقول بها بالشركة فى الحقوق ايضا وكذا
لا يقول بها فيما لا يحتمل القسمة ايضا كالبئر والنهر كذا فى الشرح **قلت**
كانه اراد بالجوار اعم من ان يكون الجوار مع الشركة فى الحقوق اولا اذ
الشريك فى الحقوق ايضا جار قال عليه السلام جار الدار احق بالدار والمراد
به الشريك فى الطريق بدليل اخره وهو قوله اذا كان طريقهما واحدا
واما لا يحتمل القسمة عنده فانما لم يذكره لان الحكم فيه غير منصوص عليه
وانما لا يجب الشفعة عنده فيه بالقياس على الجوار والشركة فى الحقوق
بجامع انتفاء ضرر مؤنة القسمة فيهما وهو الموجب لاستحقاق الشفعة
عنده فينتفى بانتفائها فلما كان انتفاء الاستحقاق فى الجوار والشركة
فى الحقوق اصلا بحكم انه ثابت بالنص وهو قوله عليه السلام الشفعة
فيما لم يقسم وفى رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وكان انتفاؤه
فيما لا يحتمل القسمة بالقياس عليه اكتفى عن ذكر الفرع بذكر الاصل **قوله**
لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم اى فى بقعة مشتركة لم تقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة اى فاذا وقعت القسمة
فلا شفعة فقوله وقعت الحدود وصرفت الطرق كناية عن وقوع القسمة
لانه خرج بمقابلة قوله فيما لم يقسم بهذا يسقط ما يرد ان قوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق يدل على تحقق الشفعة اذا قسمت الدار من غير
صرف الطرق بناء على ان التعليق بالشرط يوجب العدم عند العدم
عند الشافعى وذلك خلاف مذهبه فانه لا يقول بالشفعة بعد وقوع
القسمة وان لم يكن الطرق مصروفة **قوله** ولنا ما روينا وفيما روى
بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه
وما روى فى بعض الروايات انما الشفعة فيما لم يقسم فنقول انما قد يستعمل
تاكيدا للمذكور لا نفى غير المذكور واخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد نفى
الشفعة الثابتة بسبب الشركة الى هذا اشير فى الكافى **فان قلت** كلمة التخصيص
ان كان لا يقتضى نفى الحكم عما عداه فتعريف المبتدا بلام الجنس يفيد
حصره على الخبر **اجيب** انه قد لا يفيد الحصر فيحمل على انه ليس للحصر هنا

بد لا بل اخر تدل على ثبوت الشفعة بالجوار فلم يبق هنا الا التنصيص
وانه لا يفيد النفى **قوله** واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك
احق من الخليط والخليط احق من الشفيع ولقائل ان يقول ما الدليل
ان المراد بالحديث حق التملك بعد ثبوت حق المشترى لم لا يجوز ان يراد
به حق المشترى اى الشريك احق بشراء الدار قبل بيعها فيكره بيعها
غيره لئلا يناقض قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان
يكون تجارة عن تراض ولو سلم ان المراد حق التملك فقد ذكر فى الكافى
ان الشريك فى منزل من منازل الدار احق فى حصة المنزل من الشريك
فى صحن الدار ثم الشريك فى صحن الدار احق من الشريك فى طريق الدار
والشريك فى الطريق احق من الجار الملاصق فيحتمل ان يراد بالشفيع
هو الشريك فى الطريق دون الجار الملاصق وبالخليط الشريك
فى صحن الدار فلا يكون فى الحديث تعرض للجار الملاصق **قوله** ان السبب
تقرر فى حق الكل **قلت** نعم ولكن الاسباب مختلفة فى القوة والضعف
على ما مر ولا تاثير للضعيف مع وجود القوى **قوله** وكذا على الجار
فى بقية الدار فى اصح الروايتين عن ابى يوسف والرواية الاخرى
ان الجار فى بقية الدار اولى كذا فى الشاهان وكانه اراد ان الجار اولى
من هذا الشريك من حيث هو شريك يعنى لا عبرة لهذه الشركة
فى حق بقية الدار بل المعتبر فى حقها هو الجوار والا فهذا الشريك
من حيث الجوار مع الجار سواء فقد ذكره الشارح واما الرواية الاخرى
فهو والجار سواء ذكر فى الذخيرة والمغنى وذكر القدورى ان الشريك
فى الارض التى تحت الحائط يستحق الشفعة فى كل المبيع بحكم الشركة
عند محمد واحدى الروايتين عن ابى يوسف ويكون مقدما على الجار
فى كل المبيع وفى احدى الروايتين عن ابى يوسف انه يستحق الشفعة
فى الحائط بحكم الشركة وفى بقية الدار بحكم الجوار فيكون مع جار اخر بينهما
هذا لفظه والله اعلم **قوله** لان قضاء القاضى بالكل للحاضر قطع حق
الغايب **فان قلت** القضاء بالشفعة للحاضر يثبت الملك من المشترى
فاذا سلم يكون بمنزلة الاقالة وفيها الشفعة فياخذ الغايب النصف
بالبيع الاول والنصف الاخر بهذا التسليم **اجيب** بان التسليم
وان كان كابتداء البيع من المشترى فهو فى الصورة تسليم للبيع الاول
وتقييد له والقاضى قد قطع حق الغايب عن النصف الذى قضى به للحاضر
بالنسبة الى البيع الاول فيكون ذلك شبهة فى قطع حقه عن ذلك النصف

بالنسبة

بالنسبة الى التسليم لانه بناء عليه وتقييد له صورة وحق الشفعة حق
ضعيف فيبطل بشبهة القضاء بالقطع كما يبطل بحقيقته **قوله** والشفعة
تجب بعقد البيع معناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال
على ما بيناه وهذا التاويل الذى ذكره والتعليل الذى علل به مخالف لروايات
الكتب من المبسوط والذخيرة والمغنى وغيرهما وقد ذكرنا فساد قول من يقول
بان سببها الاتصال لا غير لما انه لو سلم الشفعة قبل البيع لا يبطل الشفعة
ولو كان سببها الاتصال لبطل لوجود التسليم بعد السبب ولا اعتبار
لوجود الشرط بعده فى حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط
الدين المؤجل قبل حلول الاجل وقد ذكر فى المبسوط انه لو سلم الشفعة
الشفعة قبل الشرى كان باطلا لان وجوب حقه بالشرى والاسقاط
قبل وجود سبب الوجوب لغو كالابراء عن الثمن قبل البيع هذا لفظه
فهذا يقتضى ان يكون الشرى كل السبب فلا اقل ان يكون جزء السبب
كما ذكره فى الذخيرة والمغنى لما الغاه عن السببية اصلا فلا كذا
فى الشرح ويمكن ان يجاب عما ذكر من وجه الفساد للقول بسببية الاتصال
فقط بان الاتصال ليس بسبب فى ذاته بل لرفع التاذى بسوء مجاورة
الجار الحادث كما مر ودفع الضرر انما يكون عند لحوقه ولا يلحقه الا بعد
الانتقال الملك الى المشترى فلا يكون الاتصال سببا الا بعد البيع
ضرورة ان المعنى الذى يوجب السببية لا يتحقق الا بعد البيع فتقرر
فتقرر السببية الثابتة به ايضا فلو سلم الشفعة قبل البيع يكون
تسليما قبل وجود السبب لا محالة فيبطل فعلى هذا يكون البيع شرطا
لا سببا لا لوجود حق الشفعة حتى يصح التسليم قبل
ثم جعل الاتصال سببا اولى من جعل البيع سببا اذ لا تاثير للبيع
فى اثبات حق الشفعة لانه مشروع لدفع زيادة المضار والضرر يتحقق
الا بالاتصال فيثبت الشفعة به دفعا للضرر اما البيع فلا يثبت به
الضرر حتى يثبت الشفعة به دفعا لذلك الضرر **قوله** وتستقر
بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة يعنى الاشهاد على الطلب عند الخصم
او العقار لا يكفى لتحقق هذا الحق بل لا بد من طلب المواثبة ايضا وانما
يشترط الطلبان اعنى طلب المواثبة وطلب الاشهاد وهو الطلب عند
الخصم او العقار مقرونا بالاشهاد على ما يجئ تفسيره بعد لانه حق
ضعيف يحل العقال كما نطق به الحديث فيبطل بالاعراض فلا بد
من الاشهاد والطلب اى طلب الاشهاد وطلب المواثبة لان الاعراض

باب طلب الشفعة

عن احد الطلبين يورث شبهة الاعراض عن حق الشفعة فيشترط الطلب
ليعلم رغبته فيه فقوله ليعلم دليل على اشتراط الطلبين وقوله ولانه
محتاج الى اثبات طلبه عند القاضي دليل على اشتراط الاشهاد
وتحقيق هذا الدليل سيأتيك ان شاء الله تعالى ثم هذا التعليل
يقتضي ان يشترط الاشهاد في طلب المواثبة لكن عدده سنذكر ان شاء
الله تعالى قوله لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا
بالتراضي وبقضاء القاضي وقد يقال الملك في البيع الفاسد يتم
بالقبض وللبائع ان يسترد بلا قضاء ولا رضاء وكذا الملك للمشتري
من العدو يتم ومع ذلك للمالك القديم ان يأخذ منه بلا قضاء ولا رضاء
قوله كما في الرجوع في الهبة قلت انما يشترط القضاء في الرجوع في الهبة
لانه مختلف فيه وفي اصله وهاوي حصول المقصود وعدمه خفاء
على ما مر وكل ذلك منتف هنا على ان اشتراط القضاء في الرجوع قد ثبت
بالرأي ومن شرط القياس ان يكون حكم الاصل ثابتا بالنص وايضا
النصوص الواردة في ثبوت حق الشفعة مطلقة عن اشتراط القضاء
فالاشتراط زيادة عليها بالرأي قوله والاشهاد فيه اي في طلب
المواثبة ليس بلازم اي ليس لتقرر حق الشفعة انما هو اي الاشهاد
لنفي التجاحد قوله والعدالة غير معتبرة في الخصومة وذلك ان اخبار
الخصم بما يصير به خصما ويثبت به حق الخصومة لصاحبه اقرار على نفسه
بثبوت حق الخصومة لصاحبه عليه والعدالة في المقر ليس بشرط لعدم
التهمة نعم اخبار المشتري هنا يلزم على الشفيع كاخبار الاجنبي حيث
يلزمه ضرر سوء الجوار على تقدير السكوت عن الطلب كما في صورة اخبار
الاجنبي الا ان اخبار المشتري ملزم عليه لانه اقرار على نفسه فيجب قبوله
ومن ضرورة قبوله لكونه ملزما عليه يثبت الالزام على الشفيع ايضا ومثل
هذا لا يعد من باب الالزام كما في الاخبار بهلال رمضان فان الاخبار
هناك لما كان ملزما على المخبر قبل خبره عدلا كان او غيره وان كان غيره
ملزما على الغير ايضا قوله والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج
اليه لاثباته عند القاضي وتحقيق هذا المقام ان طلب المواثبة
ثم الطلب عند الخصم او العقار شرط لتقرر حق الشفعة لان الاعراض
عن احد الطلبين دليل الاعراض عن حق الشفعة وانه حق ضعيف كحل العقال
على ما نطق به الحديث فيبطل بدلالة الاعراض ثم القياس ان يشترط الاشهاد
على الطلبين ايضا لان الاعراض عن الاشهاد على الطلب الذي تمكن منه

عند القاضي

عند القاضي ايضا دليل الاعراض عن هذا الحق فيجب ان يبطل بالاعراض
عن الاشهاد سواء اعرض عن الاشهاد على الطلب الاول او الثاني لما فيه
من شبهة الاعراض عن الشفعة غير انا استحسنا فقلنا بان الاشهاد على طلب
المواثبة ليس بشرط لانه يكون على فور العلم بالشراء والشفيع ربما لا يتمكن
من الاشهاد عليه على فوره ولا مانع من اشتراطه على الطلب عند الخصم او العقار
فيكون شرطا فاذا تركه مع القدرة بطلت الشفعة اذا ثبت هذا جئنا
الى تعليل الكتاب ونرده الى ما ذكرنا فنقول قوله لانه محتاج اليه لاثباته
عند القاضي معناه لانه محتاج الى الاشهاد على الطلب فيكون تركه مع القدرة
عليه دليل الاعراض فيشترط لبقاء حق الشفعة كاصل الطلب وقوله
لا يمكنه جواب ما يقال فينبغي ان يشترط الاشهاد على طلب المواثبة
ايضا لانه محتاج الى اثباته عند القاضي فكان الاعراض عن الاشهاد عليه
اعراضا عن هذا الحق فاجاب بان القياس كذلك الا انا استحسنا
في طلب المواثبة لانه لا يمكنه الاشهاد عليه ظاهرا لانه على فور العلم بالشراء
فيشترط بعد ذلك اي تعذر اشتراط الاشهاد في طلب المواثبة طلب
الاشهاد اي الطلب عند الخصم او العقار مقرونا بالاشهاد لانعدام المانع
عن اشتراط الاشهاد في هذا الطلب وبهذا يسقط ما يتوهم هنا من الاعتراض كما
يعرف بالتامل نعم لقائل ان يقول شرط الاشهاد في طلب المواثبة
انما يفضي الى تضييق الحال على الشفيع اذا شرط مطلقا اما اذا شرط بشرط
القدرة عليه فلا قوله على البائع لا يعرف له وجه سوى ان الطلب يستدعي
المطلوب والمطلوب منه ولكن لو كان وجهه ذلك لم يكن للاكتفاء بحضرة
المبيع وجه فكانه ثبت بالاجماع على خلاف القياس او يقال الوجه
اشتراط الحضور على البائع ان كان البقعة في يده او عند المشتري او
عند العقار اظهار زيادة الرغبة في اخذه وذلك ان حق الشفعة حق
ضعيف كما جاء في الحديث الشفعة كحل العقال فيشترط لتقرر هذا الحق
اظهار كمال الرغبة وذلك بان يشهد على طلبه عند احد هؤلاء قوله
لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك يشير الى ان
يد المشتري ليس بشرط لصحة الطلب عنده بل الملك الذي له يكفيه وذكر
في حاشية الكنز والوقاية وشرحه ما يدل على ان يد المشتري شرط لصحة
الطلب عنده حيث قال في حاشية الكنز عند قوله وتستقر بالاشهاد
اي اذا اشهد في مجلسه ثم اشهد على البائع لو كان المبيع في يده او على المشتري
لو كان في يده او عند العقار استقرت شفعته هذا كلامه وفي الوقاية

ثم يشهد عند العقار او على من معه هو من بايع او مشتر وفي شرحه اعلم ان
الطلب انما يجب عند التمكن من الاشهاد او عند صاحب اليد الخ والله اعلم
قوله ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه
قلت الا اذا كان فيه ضرر عام فحينئذ يكتفى بالسكوت كالمولى يرى عبده يبيع
ويشترى ويسكت حيث يكون ذلك اذنا وان لم يوجد التصريح بلسانه
قوله ولا فرق في حق المشترى بين الحضر والسفر يعنى ثبت حق الشفعة
للشفيع سواء كان حضريا او سفريا والمعنى الذى ذكره محمد رحمه الله يقتضى
ان لا يكون له الشفعة اذا كان سفريا دفعا للضرر عن المشترى **قوله**
يسأل القاضى المدعى قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار
وحدودها لانه يدعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها صرح في المبسوط
انه لا حق للشفيع في المحل حتى لا يصح الصلح عنه وذكر هنا انه ادعى حقا
فيها وبينهما وقوع منافرة ثم هذا يشير الى ان ذكر موضع الدار من المصر
والمحلة والسكة شرط في دعوى العقار وذكر في كتاب الدعوى ما
يشير الى انه ليس بشرط حيث قال وان ادعى عقارا حده وذكر انه في يد
المدعى عليه وما ذكرها يوافق ما ذكره الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر
محمد بن احمد بن محمد السمرقندى حيث قال اذا وقعت الدعوى في العقار
لا بد من ذكر البلدة التى فيها العقار ثم من ذكر المحلة ثم السكة الى هنا
ذكر في الفصول الاسروشنية **قوله** لاختلاف اسبابها اى في القوة
والضعف فربما يطلب الشفعة بالجوار مع وجود الشريك ولا شفعة
فيه مع الشريك وبهذا يندفع ما يقال دعوى الملك صحيحة وان لم يبين
السبب مع اختلاف اسبابه فتأمل **قوله** وذكر في الفتاوى تحديد
هذه الدار التى يشفع بها ايضا لان الشفيع يحتاج الى اثبات ملكه
في هذه الدار ولا يمكنه ذلك الا بتعريفه وذلك بالتحديد فيحدده ايضا
قوله فان عجز استحلف المشترى بالله ما ابتاع او بالله ما استحق في هذه
الدار شفعة من الوجه الذى ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب
وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب الدعوى وذكرنا الاختلاف فيه بتوفيق
الله تعالى ردد بين التحليف على الحاصل والسبب وهو كانه محمول على ما
اذا كان الدعوى في الشفعة بالشركة فيما يحتمل القسمة لانه اذا كان الشفعة
بالجوار او بالشركة في الحقوق او بالشركة فيما لا يحتمل القسمة يجب ان يحلف
على السبب دون الحاصل لان في استحقاق الشفعة بالجوار او بالشركة
فيما لا يحتمل القسمة او بالشركة في الحقوق اختلاف العلماء فالشافعى

لا يقول

لا يقول بالشفعة الا في الشركة في عين يحتمل القسمة فلو حلفناه على الحاصل
ربما يتأول قول من لا يرى الشفعة بها فلا يحنث في يمينه فيتضرر المدعى
وقد مر في الدعوى انه اذا كان في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب
المدعى يحلف على السبب بالاجماع فلا يكون لهذا الترديد معنى ويقال
اراد بالتحليف على الحاصل هنا ان يحلف بالله ما استحق في هذه الدار
شفعة من الوجه الذى ذكر على قول من يرى الشفعة به فقد ذكر في بعض الكتب
لو ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة به وقال لا شفعة يحلف
ما لهذا قبلك شفعة في هذه الدار على قول من يرى الشفعة بالجوار
ولا يحلف بالله ما لهذا قبلك شفعة في هذه الدار لانه يحلف بناء على مذهبه
فيفوت حق المدعى **قوله** لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه هذا التعليل
انما يأتى على قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لانهما يجعلان النكول اقرارا فيصح
الاستحلاف عندهما في كل حق لو اقر به لزمه واما عند ابى حنيفة رحمه الله فالنكول
بذل فيعلل على اصله بانه حق لو بذل به صح بذله فيستحلف فيقضى بنكوله على انه
بذل **قوله** وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه انما
قال عند محمد رحمه الله ايضا لان الاشكال انما يجئ على مذهبه لانه لا يجوز القضاء
عنده حتى يحضر الشفيع الثمن فقال وينفذ عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل
مجتهد فيه كذا في الشاهان **واعترض** عليه بان القضاء اذا كان لا يجوز
عنده حتى يحضر الشفيع الثمن كان نفس القضاء مجتهدا فيه ونفس القضاء
اذا كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا حكم قاض اخر بنفاذه كالقضاء
بالحجر على السفيه لما كان مجتهدا فيه لا ينفذ بالاجماع الا اذا امضاه قاض
اخر **وقد اجيب** عنه بانه لا اختلاف في نفاذ القضاء على تقدير وجوده
بل في وجوب التوقف في القضاء ومن الجائز ان يجب التوقف في القضاء
ولكن لو قضى نفذ قضاؤه كالقضاء بشهادة الفاسق ينفذ ولكن لا يجوز
القضاء به لوجوب التوقف في خبره بالنص وفيه نظر لان المصنف رحمه الله
بنى نفاذ القضاء عند محمد رحمه الله على انه صادف فصلا مجتهدا فيه ولو كان
الاختلاف في وجوب التوقف وحل الاقدام على القضاء لم يكن للتعليل
المذكور معنى لانهم لو كانوا متفقين على وجوب التوقف في القضاء مع اتفاقهم
على نفاذه لو قضى لكان نافذا عند محمد رحمه الله ايضا لان حل الاقدام على القضاء
ليس بشرط لصحة القضاء ونفاذه فلا يكون للاختلاف المذكور تأثير
في النفاذ الا ان يقال الاختلاف المذكور ان كان لا يؤثر في ثبوت النفاذ
فهو يؤثر في ثبوته بالطريق الاولى بمعنى انهم لو كانوا متفقين على وجوب التوقف

لكان نافذا فلان ينفذ وهو مجتهد فيه اولى ثم نقول القضاء المجتهد فيه
فهو ان يكون الاختلاف فى نفس القضاء هل هو نافذ ام لا كقضاء المحدود
فى القذف وقضاء الرجل لامرأته واما القضاء فى فصل مجتهد فيه فهو ان يكون
الاختلاف فى مسئلة اخرى غير نفاذ القضاء ثم يقضى القاضى باحد قولى
البعض كالقضاء على الغايب وانهم اختلفوا ان البينة هل تكون حجة
بغير خصم حاضر ام لا فاذا راها القاضى حجة وقضى بها كان قضاء فى فصل
مجتهد فيه وكالقضاء بشهادة المحدود فى القذف فاذا تاب او شهادة
رجل وامرأتين فى باب القصاص فانهم اختلفوا فى شهادة المحدود
هل هو حجة وكذا شهادة النساء فى باب الحدود والقصاص فاذا راها
القاضى حجة وقضى بها كان قضاء فى فصل مجتهد فيه والقضاء فى مسئلة
الشفعة قضاء فى مسئلة مختلف فيها وهى ان المنازعة بدون احضار
الثمن هل هى صحيحة فاذا راها القاضى صحيحة وقضى بها كان قضاء فى فصل
مجتهد فيه لا قضاء مجتهدا فيه فينفذ بالاجماع والله اعلم **قوله** ثم وجه
هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ فى حق الاضافة الى المشترى يعنى لما اخذ
الشفيع الدار بالشفعة من المشترى يفسخ القاضى البيع الذى جرى
بين البايع والمشترى صار ذلك الانفساخ الحاصل من فسخ القاضى
منحصرا فى حق المشترى لا فى حق البايع وصار الشفيع بسبب اخذ الدار
بالشفعة قايما مقام المشترى وذلك انه لو انفسخ البيع من كل وجه
فى حق البايع والمشترى صار كان البيع لم يكن فيبطل الشفعة ايضا
لانه انما يجب بالبيع والى هذا اشار بقوله الا انه يبقى اصل البيع
لتعذر الانفساخ لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه كذا فى الشرح ويشكل بان انتقاض البيع من كل وجه لا يوجب
بطلان حق الشفعة الا يرى ان البايع والمشترى اذا اختلفا فى قدر
الثمن والبايع يدعى الاكثر وتحالفا يفسخ القاضى البيع ويأخذه
الشفيع والفسخ بالتحالف فسخ فى حق البايع والمشترى مع انه لا يوجب
بطلان حق الشفيع وكذا لو باع عقارا بعبد فمات العبد قبل القبض
انتقض البيع نص على ذلك فى الشرح على ما سياتيك وللشفيع ان ياخذ
العقار بقيمة العبد مع ان البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل
التسليم من كل وجه فعلم ان انفساخ العقد من كل وجه لا ينافى
ثبوت حق الشفعة والجواب عن الاول ان العقد بالتحالف انما كان ينفسخ
فى حقهما فالانفساخ يكون بطلبهما او طلب احدهما فلا يظهر فى حق الشفيع

لو

لو قالاه وهنا قد انفسخ العقد فى حق المشترى رعاية لحق الشفيع
ولم ينفسخ فى حق البايع لرعاية حقه فظهر الفسخ بينهما فى حق الشفيع فيبطل
حق الشفعة وعن الثانى انه صرح فى المحيط بان فى بيع المقايضة اذا
هلك احد البدلين يبقى العقد لكن بصفة الفساد **قوله** ولكنه يتحول الصفقة
اليه **فان قلت** اذا اشترى دارا قد راها قبل الشرى فليس له خيار الرؤية
فلو تحولت الصفقة اليه لما ثبت للشفيع خيار الرؤية الا يرى ان الموكل
بالشرى اذا كان يملك المشترى بطريق تحويل صفقة الوكيل اليه لا يثبت
خيار الرؤية للموكل اذا لم يثبت للوكيل وكذا لو شرط المشترى البراءة
عن كل عيب ثم اخذها الشفيع فله ان يردها بالعيب ولو كان الاخذ
بطريق التحول لما ثبت للشفيع ولاية الرد بالعيب كما لم يكن هو للمشترى
قيل العقد يقتضى سلامة المعقود عليه من العيب وانما تغير فى حق
المشترى بعارض الشرط وشرط البراءة وجد من المشترى دون
الشفيع فتحولت الصفقة موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وكذلك
لو كان المشترى راى بالدار عيوبا عند الشرى وقبله ولم ير الشفيع
شيئا من ذلك كان له ان يردها لما ان براءة البايع عن العيوب فى حق
المشترى انما كان بعارض قبوله ولم يوجد ذلك العارض فى حق الشفيع
واما مسئلة الوكيل فان الموكل لما وكل الوكيل بالشرى فقد اقامه مقام
نفسه ورضى بما فعل على نفسه فكان سقوط خيار الرؤية من الموكل
ضررا مرضيا بتوكيله كذا فى الشرح **قلت** ان الصفقة لا تتحول من الوكيل
الى الموكل كيف ولو كانت متحولة لكان الحقوق الى الموكل دون الوكيل
كما ان الحقوق من تسليم الثمن وغيره يكون الى الشفيع لتحول الصفقة اليه
ولما كانت الحقوق الى الوكيل علم ان الصفقة لا تتحول منه الى الموكل
بل ينعقد بينهما مبادلة حكمية حتى يرد الموكل على الوكيل بالعيب ويتحالفان
اذا اختلفا فى الثمن وانما لا يثبت خيار الرؤية للموكل لانه لا يثبت الا
فى حق المشترى والمشترى هو الوكيل اما الموكل فاجنبى عن العقد انما
هو خليفة الوكيل فى حق الملك كالمولى يخلف عن العبد الماذون فى حق
الملك ولا يثبت خيار الرؤية للمولى فكذا للموكل **قوله** ومن اشترى
دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق
العقد فيتوجه عليه **قلت** الصبى والعبد المحجور ان عليهما اذا توكلا
بشرى الدار فاشتريا لا يرجع حقوق العقد اليهما بل الى موكلهما كما مر
فيجب ان يكون الخصم للشفيع موكلهما دون الصبى والعبد لعدم رجوع الحقوق

اليهما

وكون المشتري للغير خصما للشفيع باعتبار رجوع الحقوق اليه فحيث
لا يرجع الحقوق اليه لا يكون خصما للشفيع فيجب استثناؤهما عن عموم
قوله من اشترى الخ والله اعلم قوله لانه لم يبق له ملك ولا يد فيكون الخصم
هو الموكل وقد يقال الوكيل لا يصير خصما باليد والملك حتى لا يبقى خصما
اذا لم يبق له يد ولا ملك بل هو خصم باعتبار ان الخصومة في الشفعة
من حقوق العقد والوكيل هو الذي يرجع اليه الحقوق قبل التسليم
الى الموكل وبعده فيجب ان يكون خصما في الحالتين جميعا قوله وهذا
لان الوكيل اي بالشرى كالبايع من الموكل قلت توكيل المسلم الذمي
بشراء خمرا وخنزيرا وبيعهما جايز عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلو كان
الوكيل بالشرى كالبايع من موكله لم يصح توكيل المسلم الذمي بشرى
الخمر او الخنزير حيث يصير كانه اشترى الخمر ثم باعها من الموكل والبيع
الحقيقي حرام فكذا الحكمي اذ الشبهة في باب [illegible] كالحقيقة قوله
الا انه مع ذلك اي مع كونه كالبايع من الموكل قايم مقام الموكل فيكتفى
بحضوره بخلاف البايع فانه ليس بنايب عن المشتري حتى يكتفى بحضور
البايع فلذلك يشترط حضور البايع والمشتري ويكتفى بحضور الوكيل
وقد يقال الوكيل نايب في القبض عن الموكل ما لم يحبسه لاستيفاء الثمن
اما اذا حبسه لذلك كان قابضا لنفسه ولم يبق نايبا عن المالك
حتى لو هلك في يده هلك عليه وسقط الثمن عن الموكل ولزم الشرى الوكيل
قوله وان كان المشتري شرط البراءة قلت هذا فيما اخذ الشفيع من المشتري
ظاهر اما اذا اخذ من البايع فمشكل لان الصفقة يتحول من المشتري
الى الشفيع كان الايجاب من البايع باق لان الشفيع يقوم مقام
المشتري فاذا كان كذلك لزم ان يتحول شرط البراءة فيترتب عليه القبول
بذلك الشرط ايضا وجوابه ان تحول الايجاب الى الشفيع لرعاية حقه
ودفع الضرر عنه والضرر يندفع بتحول اصل الايجاب ولا يتحول البيع
مع البراءة عن العيوب وتاجيل الثمن **فصل في الاختلاف**
قوله ولا نص هنا قيل ولا هو في معنى ما ورد فيه النص لانه ورد في البيع
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي وقد فات التراضي هنا فلم يكن في معنى
ما ورد به النص من كل وجه فلا يلحق به دلالة قلنا اذا اختلف الموكل
والوكيل بالشرى في الثمن يتحالفان مع ان المبادلة المنعقدة بينهما
حكمية لا حقيقية فلا يكون في معنى ما ورد به النص من كل وجه وقد لحق
بالمنصوص دلالة قوله وقال ابو يوسف رح البينة بينة المشتري لانه

اكثر اثباتا وقد يقال البينة انما تترتب على الدعوى وقد سبق ان المشتري
لا يدعي على الشفيع شيئا لتخييره بين الترك والاخذ فاذا لم يكن المشتري
مدعيا لم يصح منه اقامة البينة والترجيح بكثرة الاثبات فرع صحة البينة
فلما لم تكن صحيحة لعدم الدعوى لم يكن لترجيحها على بينة الشفيع وجه
قوله ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان قلت وهذا
ايضا يشكل بما مر انه لا دعوى من قبل المشتري مع الشفيع والبينة انما
تترتب على الدعوى فلما لم يكن المشتري مدعيا لم يكن لبينته عبرة فلا يجعل
الموجود بيعين باخذ الشفيع بهما قوله فللشفيع ان ياخذ بايهما شاء فان قلت
كيف يصح التخيير بين ان ياخذ بالف او بالفين والرفق في الاخذ بالاقل متعين
ولا تخيير مع تعين الرفق في احدهما اجيب بان التخيير مع تعين الرفق في احدهما
انما لا يجوز في الواجبات اما في المباحات فيجوز على ان في كل من التعيين
هنا فائدة يظهر في حق المرابحة والتولية فلا يكون الاقل متعينا للرفق مع ان
الاخذ بالاكثر احسان منه الى المشتري وكفى به فائدة قوله ان البينة بينة المالك
القديم وذلك ان بينته ملزمة على المشتري من العدو وبينة المشتري من العدو
غير ملزمة على المالك شيئا لتخييره بين الاخذ والترك والبينات للالزام قوله
وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ووجهه
ان حق المالك القديم لا يتعلق بالشراء الا بعد الاخراج الى دار الاسلام
فاذا فسخ الشراء الاول قبل الاخراج اليها لم يتعلق به حقه وانما يتعلق بما بقي
بعد الاخراج وهو العقد الثاني بخلاف الشفيع فان حقه يتعلق بالبيع الاول
كما يتعلق بالثاني فافترقا قوله لا يصح الثاني هناك الا بفسخ الاول اما ههنا
بخلافه فان قلت كما ان حق الشفيع يتعلق بالبيع باقل الثمنين ثم المشتري بالشرى
باكثرهما يريد ابطال حقه فلا ينفسخ في حقه كذلك حق المالك القديم يتعلق بالشرى
باقل الثمنين ثم انه بالشرى باكثرهما يريد ابطال حقه فيجب ان لا يظهر الفسخ في حقه
كما لا يظهر في حق الشفيع اجيب بانا لا نسلم ان حق المالك القديم يتعلق بمجرد
الشراء باقل المالين بل يتعلق حقه بعد الاخراج الى دار الاسلام وقبله لا حق له
فيظهر الفسخ على الاطلاق بخلاف الشفيع فان حقه يتعلق بنفس الشرى فلا يصح
ابطاله بفسخه قوله ولان التملك على البايع بايجابه الخ هذا انما يستقيم اذا كان
الشفيع من البايع بان كان المبيع في يده اما اذا سلم المبيع الى المشتري فلا يملك
على البايع حيث لم يبق له يد ولا ملك قوله وان اختلفا يفسخ القاضي البيع على ما
عرف وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع
وفيه نظر لان فسخ البيع ان كان لا يوجب بطلان حق الشفيع ففساده يوجب

بطلانه وقد سبق فی فصل التحالف مصرحا ان التحالف یوجب فساد البیع لانه
یبقی بیعا بثمن مجهول او بیعا بلا بدل وکل ذلک یوجب الفساد ولا شفعة
فی البیع الفاسد **وجوابه** انه لا فساد بسبب التحالف فی زعم المتعاقدین لان
کلا منهما یزعم ان البیع قد وقع صحیحا ببدل معین وانما الفساد باعتبار جهالة البدل
او علامة وکل ذلک منتف فی زعم البایع والمشتری وکان البیع صحیحا فی حقهما
حتی لو کان المشتری جاریة حل وطئها بعد التحالف ولو تحقق حق البایع والمشتری
لما حل فلما کان البیع صحیحا فی حق البایع یستحق الشفعة علیه لانه مبنی علی ثبوت
البیع فی حق البایع حتی لو اقر البایع بالبیع والمشتری ینکره یستحق الشفعة
او نقول انا لا نثبت الشفعة فی البیع الفاسد اذا وقع فاسدا فی الابتداء
اما اذا فسد بعد انعقاده صحیحا فحق الشفیع یبقی علی حاله الا یری ان النصرانی
اذا اشتری من نصرانی دارا بخمر فلم یتقابضا حتی اسلما او اسلم احدهما او قبض
الدار ولم یقبض الخمر فان البیع یفسد وللشفیع ان یاخذ الدار بالشفعة لانه
انما فسد بعد وقوعه صحیحا وکذا الفساد بالتحالف انما یثبت بقاء لا ابتداء
فلا یمنع الاخذ بالشفعة **فصل فیما یؤخذ به المشفوع قوله**
بخلاف حط الکل لانه لا یلتحق باصل العقد لانه لو التحق فاما ان یصیر هبة
او بیعا بغیر ثمن فیکون فاسدا ولا شفعة فی الهبة ولا فی البیع الفاسد اذا فسد
ابتداء اما اذا فسد بعد انعقاده صحیحا فحق الشفیع علی حاله الا یری ان النصرانی
اذا اشتری من نصرانی دارا بخمر فلم یتقابضا حتی اسلما او اسلم احدهما
او قبض الدار ولم یقبض الخمر فان البیع یفسد وللشفیع ان یاخذ الدار بالشفعة
لانه انما فسد بعد وقوعه صحیحا وکذا اذا اختلف البایع والمشتری فی قدر الثمن
فتحالفا یفسد البیع لجهالة الثمن او عدمه مع ان للشفیع ان یاخذ بالشفعة
لان الفساد طار ولا یخفی ان الفساد عند التحالف وحط الکل باصل العقد
فساد طار فیجب ان لا یبطل حق الشفیع **قوله** وان زاد المشتری للبایع لم تلزم
الزیادة للشفیع لانه قد استحق اخذها بالثمن الاول قبل الزیادة والمشتری
لا یملک ابطال الحق الثابت له فلا یملک تغییره ایضا توضیحه ان بهذه الزیادة
یلزم نفسه شیئا للبایع ویلزم الشفیع اقل ذلک وله الولایة علی نفسه دون
الشفیع الا یری انه لو جدد بیعا مع البایع باکثر من الثمن الاول صح ذلک
فی حقه وکان للشفیع ان یاخذ بالثمن الاول **فان قلت** ما وجه الفرق بین هذا
وبین البیع بالمرابحة فان هناک استوی الحط والزیادة فی حق الالتحاق باصل
العقد وفی الشفیع افترقا حیث یلتحق الحط به دون الزیادة قلنا بیع المرابحة
غیر مستحق علیه فلیس فی التزامه الزیادة فی حکم المرابحة ابطال حق مستحق علیه

بخلاف

بخلاف الشفعة فانا لو الحقنا الزیادة باصل العقد فی حق الشفعة
حتی ثبت للشفیع باقل من ذلک الثمن کذا فی الشرح **قلت** المرابحة
ان لم یکن مستحقا علیه فالمحافظة علی ذلک الثمن مستحق علیه اذا اراد بیعه
وهذا الحق یبطل بالحاق الزیادة باصل العقد حیث لا یبقی لغیره
ان یشتریه مرابحة علی الثمن الاول بعد ما کان الحق له ثم هنا بحث وذلک
ان الشفیع اذا علم ببیع الدار بالف فسلم الشفعة ثم ان البایع زاد فی المبیع
عبدا او امة کان للشفیع ان یاخذ الدار بحصتها من الالف ویلتحق هذه الزیادة
باصل العقد فی حق الشفیع فتبین فی حقه ان البیع کان باقل مما علمه ولا یخفی
ان الشفیع لما سلم الشفعة حین علم انها بیعت بالف لزم البیع فی حق
المشتری وهذا اللزوم الذی هو حق المشتری یبطل بالحاق الزیادة
فی المبیع باصل العقد فیجب ان لا یلتحق به فی ابطال هذا اللزوم کما لا یلتحق
به الزیادة فی الثمن فی ابطال اخذ ما ثبت للشفیع من اخذ الدار بالثمن الاول
وجوابه ان الزیادة فی الثمن او المبیع او الحط عن الثمن انما یکون بالتراضی
کما مر تا لاشارة الیه فی قوله ولنا انهما یغیران العقد من وصف
مشروع الی وصف وهو کونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولایة
الرفع فاولی ان یکون لهما ولایة التغییر فکان بطلان اللزوم فی حق المشتری
بالزیادة فی المبیع بعد تسلیم الشفیع الشفعة برضاه **فصل**
قوله وعن ابی یوسف انه لا یکلف القلع ویخیر ای الشفیع بین ان یاخذه
بالثمن وقیمة البناء والغرس قایمین علی الارض غیر مقلوعین وبین ان یترک
کذا فی شرح الطحاوی **قوله** وبه قال الشافعی ای وبالتخییر الذی ذکره ابو یوسف
قال الشافعی رح **قوله** الا ان عنده یعنی ان الشافعی رح فی حق هذا التخییر
الذی ذکره ابو یوسف رح معه ولکن للشافعی قول اخر وهو ان یقلع
الشفیع البناء ویعطی قیمة البناء بعد القلع کذا فی الشرح **قلت** لیس هذا
قولا اخر من الشافعی بل الشافعی رح یقول بما قال ابو یوسف من التخییر بین
ان یترک وان یاخذ ویعطی قیمة البناء والغرس قایمین الا انه یقول
بالتخییر بین ثلثة اشیاء وهو الترک والاخذ بقیمة البناء والغرس
قایمین غیر مقلوعین والقلع واعطاء النقصان فهما بعد ما اتفقا انه لیس
للشفیع ان یقلع البناء مجانا اتفقا علی التخییر غیر ان ابا یوسف قال بالتخییر
بین اثنین والشافعی رح قال به بین ثلثة لا ان للشافعی قولین احدهما
مثل قول ابی یوسف   اخر کما یشعر به لفظ قوله الا ان **قوله** وهذا
لان حقه اقوی الخ فان قیل فی تکلیف المشتری القلع یلحقه ضرر لا جابر له

ولوا وجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر
زيادة الثمن الاخاه لاجابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو
البناء والغرس والضرر ببدلا اهون من الضرر بغير بدل فيجب دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى قلنا الترجيح انما يكون بعد المساواة في اصل
الحق ولا مساواة هنا لتقدم حق الشفيع وربما لا يوافقه لو اخذه
فيحتاج الى قلعه فيلزمه ضرر زايد كذا في الكافي وفيه بحث لانكم
قد رجحتم حق المشتري فيما اذا زرع في الارض حتى لا يؤمر بالقلع بل يؤخر
حق الشفيع الى ان يدرك الزرع لان ضرر الشفيع في التاخير الى غاية معلومة
يسيرة اهون من ضرر ابطال حق المشتري في القلع فعلم ان تقدم حق
الشفيع على حق المشتري لا يمنع ترجيح حق المشتري على حقه كيف ولو كان
مانعا له لبطل الترجيح في صورة الزرع ايضا وليس فليس وجوابه انه
لا ترجيح في صورة الزرع بل فيه رعاية الحقين لانا نبقي الزرع بالاجر لا مجانا
فيكون فيه رعاية حق المشتري بالابقاء الى ان يدرك ورعاية حق
الشفيع بايجاب الاجر على المشتري للشفيع ولا يكون من قبيل تحمل ادنى
الضررين بابطال الاعلى قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قلت بل حق الاسترداد
للبايع في البيع الفاسد يبقى بعد البناء عند ابي يوسف على ما مر
في احكام البيع الفاسد فلا معنى للاستدلال على الخصم في اثبات المدعى
بما هو عين النزاع وايضا الحصر ان يقول ان حق الشفيع اضعف من حق
البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع
على ما ذكر المصنف فيما مر قوله يعتبر قيمته مقلوعا اي مستحق القلع قوله
ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه
كانه اراد بالمشتري المأخوذ منه الدار اعم من ان يكون بايعا او مشتريا
يدل عليه لفظ الكافي من قوله لا يرجع بالعقر وقيمة لان المأخوذ منه
مجبر على الدفع هذا لفظه وانه يشكل بما ذكر في الكافي في فصل المتفرقات
من قوله مريض باع داره من اجنبي ووارثه شفيعه لا يجب الشفعة ان هذا
على وجهين ان باع بمثل قيمتها فلا شفعة له عند ابي حنيفة خلافا لهما
لان الصفقة يتحول اليه فصار كانه باع من الوارث ونفس البيع وصية
عنده فبطل وان باع محاباة فلا شفعة له عندهم اجاز بقية الورثة او
لم يجز هذا كلامه وقد اعتبر في هذه المسئلة بيع المريض من الاجنبي
ووارثه شفيع بيعا من الشفيع مختارا حتى اعتبر وصية من الوارث

ولوكان

ولو كان مجبورا من كل وجه لم يكن ذلك وصية للوارث الشفيع اذ الوصية
لا تكون الا مختارا وذلك انه لما باعه من اجنبي مع ان الشفيع يأخذها جبرا
صار كالواصي بالبيع من الشفيع قوله ولان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد
المبيعة اي بعد القبض يعني اذا ولدت المبيعة بعد القبض يسري حكم البيع اليه
حتى لو وجد عيبا باحدهما له ان يردهما كما لو اشترى عبدين فوجد باحدهما عيبا
لكن لا يقابله شيء من الثمن لانه صار مبيعا تبعا ولم يكن موجودا حالة البيع
ولا عند القبض الذي له شبه بالبيع كذا في الشاهان وكانه سهو من الكاتب
والصواب ان يقول اي قبل القبض يعني اذا ولدت المبيعة قبل القبض وهذا
لما ان الرواية منصوصة في غير موضع ان المبيعة اذا ولدت ولدا يمتنع الرد
بالعيب لانها لو ردت فاما ان ترد مع الولد او بدونه لا وجه الى الاول لانه
لو رد الولد فاما ان يرد مقصودا او تبعا لا وجه الى الاول لان الرد بالعيب
فسخ للعقد من الاصل وفسخه انما يكون في حق الذي ورد عليه العقد ولم يرد
عليه ولا الى الثاني لان الولد بعد الانفصال ليس تبعا للاصل لا حقيقة ولا
حكما فان شيئا من احكام البيع لا يثبت في الولد الحادث بعد القبض ولا وجه
الى فسخ العقد في حق الاصل دون التبع لان الولد مبيع من وجه لانه متولد
من المبيع والمتولد من الشيء يحدث على صفة الاصل كالمتولد من المدبرة والمكاتبة
وما يكون مبيعا من كل وجه لا يسلم للمشتري بعد فسخ العقد مجانا لانه ربوا
فكذا ما يكون مبيعا من وجه كذا ذكر الشارح في كتاب الهبة فما ذكر في الشاهان
مجمل تامل وقال الشارح عند قوله على ما عرف في ولد المبيع يعني ان الجارية
المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم البيع الى الولد حتى يكون
الولد ملك المشتري كامه قلت هذا البيان لا يلايم هنا اذ الكلام فيما اثمرت
النخل بعد قبض المشتري يعرف بادنى تامل فالاولى ان يقال اذا ولدت المبيعة
بعد القبض يكون الولد مبيعا تبعا بطريق السراية ولهذا لا يجوز للمشتري
ان يرد الام بالعيب بدون الولد على ما ذكرنا فلما كان مبيعا تبعا يأخذه الشفيع
لانه يأخذ الاصل فيأخذ التبع ايضا قوله فان جذه المشتري سقط عن الشفيع
حصته قلت التقييد بقوله فان جذه يشير الى انه لو سقط الثمار عن النخيل
بنفسها لا تسقط عن الشفيع حصتها وليس كذلك لان هذا جواب الفصل الاول
وهو ما اذا ابتاع الارض وعلى نخيلها ثمر وفيه الجواب في جذ المشتري وسقوط
الثمار بنفسها واحد لانه دخل في البيع بالذكر فكان مبيعا مقصودا فيقابله
الثمن سواء صار مقصودا بالاتلاف او القبض او لا فكان اشتراط الجذ اتفاقيا

باب ما يجب الشفعة وما لا تجب قوله لانه لا قرار له

ينا فرما مر في اول البيوع من قوله ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسم
لانه متصل به اتصال القرار فكانه اراد انه لا قرار له مثل قرار العقار اي دوام
له مثل دوام العقار فلا يكون مثله والشفعة وجبت في العقار بالنص فلا يلحق
به الا ما كان مثله من كل وجه والبناء وان كان له قرار ودوام حتى يدخل في البيع
بلا ذكر فليس قرارها ودوامها كقرار العقار ودوامها فلا يلحق به فلا يجب فيه
الشفعة والله اعلم قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام
غيره في المعنى الخاص المطلوب فلا يتحقق فيهما وقد يشكل بان دم العمد يصلح بدلا
في الصلح حتى لو صالحه على ان عفى عن الدم على ان عفى الاخر عن القصاص له قبل
رجل آخر كان جايزا وقد صرح الشارح في كتاب الصلح عند قوله حتى ان ما
يصلح مسمى فيه صلح مسمى هنا ان من شرط الصلح ان يكون ما يستحق بالصلح
متقوما فلو لم يكن الدم متقوما لما صلح بدلا في صلح على ان الشارح قد
صرح في الصلح نقلا عن المبسوط ان القصاص متقوم فلا بد من حل الاشكال
ووجه التوفيق وايضا قد صرح المصنف رح في باب ما يبطل فيه الشفعة
بان الاعتاق على مال اعتياض ملك في المحل حيث قال وبخلاف الطلاق
والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل حيث قال وبخلاف الطلاق
فاذا كان الاعتاق اعتياضا عن ملك في المحل كان مبادلة مال بمال
متقوم لان ملك العبد متقوم قوله او يصالح عليها بانكار الى قوله
او يصالح عنها مكان قوله عليها وما ذكر في اكثر النسخ غير صحيح الا بتاويل
بعيد بان يجعل على بمعنى اللام اي يصالح لاجل بقاء الدار في ملكه او لا
يجعل صلة لقوله يصالح او يجعل مستعارا لمعنى عن واتيانها للمشاكلة
قوله فان صالح عليها باقرار قوله اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه
وانما قيد به لانه اذا كان من جنس حقه فلا يكون معاوضة وذلك
بان ادعى عقارا فصولح على بعض منها فان قلت كيف يصح ان يكون بدل
الصلح من جنس حقه وقد مر في كتاب الصلح ان الصلح في العقار على بعض
منها لا يجوز قلت بل يصح في ظاهر الرواية على ما ذكرنا في الصلح ولان
معنى عدم الجواز انه لا ينقطع حقه عن الباقي فاما ما اخذ منه فاخذ جايز
لكن لا شفعة فيه لو كان عقارا لانه ليس بمبادلة قوله لان البيع يصير
سببا لزوال الملك عند ذلك اي سببا تاما والا فالبيع بشرط الخيار
سبب في الحال انما المتراخي هو الحكم على ما عرف قوله وفيه اشكال اوضحناه
في البيوع قال الشارح هذه الحوالة غير رابحة في حل الاشكال بل فيه
جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى على انه بالخيار فبيعت دار

بجنبها

الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضاء لان طلب الشفعة يدل على اختيار
الملك الى ان قال وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
كذا في الشرح قلت المصنف رح وان اوضح جواب الاشكال هناك لكن
وجهه يتضمن بيان الاشكال ايضا على ما لا يخفى ذلك على الفطن حيث
قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها فاخذها
الشفيع فهو رضاء لان طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها
لانه ما ثبتا الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك
سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان
الجوار كان ثابتا وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
الى هنا لفظه فقوله يحتاج اليه اشارة الى الاشكال الذي احاله عليه
ثم قد ذكرنا في خيار الشرط ان الاشكال غير متوجه على ابي حنيفة رض
لان استحقاق الشفعة لا يتوقف على الملك بل يكفيه كون الشفيع احق
بها تصرفا الا ترى ان المأذون المستغرق بالدين والمكاتب يستحقان
الشفعة اذا بيعت دار بجنب دارهما وان لم يملكا رقبة الدار ولا
يخفى ان المشتري بالخيار وان كان لا يملك الدار المبيعة فهو احق
بها تصرفا البتة فيستحق الشفعة كما يستحق المكاتب والمأذون فاذا
لم يكن ملك الدار التي يشفع بها شرطا لاستحقاق الشفعة بل يكفي
لاستحقاقها كونه احق بها تصرفا لم يكن للاشكال المذكور معنى وجوابه
ان كونه احق بالدار تصرفا وان كان يكفي لثبوت حق الشفعة فلا بد
وان يكون ذلك له على الدوام في الظاهر واشتراط الخيار الذي يستوي
معه احتمال الرد والامضاء ينافي ظهور الدوام وذلك ان الشفعة ما شرعت
الا لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام فلا بد وان يكون للشفيع يد التصرف
على الدوام ليتوهم الضرر الدايم فيدفع بالتملك جبرا ثم اعترض على ما ذكر
في تخريج قول ابي حنيفة رضي الله عنه من قوله فتبين ان الجوار كان ثابتا
بان الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة ثابت بطريق الاستناد فيثبت
من وجه دون وجه فلا يكتفي لثبوت حق الشفعة وجوابه ان الملك
ان كان يثبت بالاستناد فهو يثبت بسبب موضوع للملك حتى يظهر
في الزوايد المتصلة والمنفصلة فكان قويا فيظهر في حق الاخذ بالشفعة
ايضا قوله بخلاف فاذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص
به تصرفا قلت كونه احق بالدار تصرفا وان يكفي لثبوت الشفعة لكن اذا
كان على وجه الدوام لان حق الشفعة لا يثبت الا لدفع ما يتوهم من سوء الجوار

الدايم

وذا لا يتصور الا فى حق من ثبت له التصرف فى الدار على الدوام ظاهرا
وخيار الشرط ينافى ظهور الدوام لاستواء احتمال الامضاء مع احتمال
الرد فيجب ان لا يثبت له الشفعة بهذا الاعتبار الا اذا سقط الخيار
عند الاقدام على الاخذ بالشفعة لانه دليل استدامة الملك قوله
لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه فان قلت لو كان الرد فسخا
من كل وجه لبطل حق الشفعة لانه مبنى على البيع فاذا انفسخ البيع من كل وجه
كيف يثبت به حق الشفعة اجيب بان اثر الفسخ يظهر فيما يستقبل
لا فيما مضى قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض لا قبله فسخ من الاصل
وان كان بغير قضاء قلت ذكر فى الكافى فى باب البيع الفاسد انه
لو باعه المشترى ثم رد عليه بعيب بقضاء لم يملك بيعه من بايعه باقل
مما باع لانه فسخ من كل وجه بخلاف ما لو رد برضاء قبل القبض او بعده
او باقالة لانه بيع جديد فى حق الثالث والبايع الاول ثالثهما هذا
كلامه ووجه الاشكال ظاهر حيث اعتبر الرد قبل القبض بالعيب
بالرضاء بيعا جديدا حتى جاز للبايع ان يشتريه من المشترى الاول
بعدما رد عليه مشتريه بالعيب قبل القبض برضاء باقل مما باعه واعتبره
فسخا فى حق الاخذ بالشفعة وجوابه نظر فيما ذكرنا فى باب خيار
العيب قوله انه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط اى فى القسمة
التى لا يجبر الابى على ذلك وهو القسمة فى الاجناس المختلفة فاما فى يجبر
عليه فلا يثبت فيها خيار الرؤية والشرط لان ثبوتها لا يفيد لان
متى نقضنا القسمة بينهما يجب اعادتها كما وقعتا اول مرة كذا فى الخزانة
وقوله فيما يتعلق لزومه بالرضاء يشير الى ما ذكرنا باب
ما يبطل به الشفعة قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد الخ
وعبارة الكافى هنا اوضح حيث قال ويبطل الشفعة بترك احد الطلبين
المواثبة وطلب التقرير حتى لو ترك الشفيع طلب المواثبة حين علم بالبيع
وهو يقدر على ذلك بان لم يأخذ احد فمه او لم يكن فى الصلوة بطلت
شفعته وكذا لو طلب المواثبة ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند
العقار لما مر واما الفاظ المصنف فيحتاج الى التأويل والعدول
عن الظاهر بان يراد بالاشهاد حين علم طلب المواثبة لما مر ان الاشهاد
فى اول الطلب الذى هو طلب المواثبة ليس بشرط حتى لو ترك الاشهاد
عليه لم يبطل شفعته ولكن ينبغى ان يشهد عليه ايضا للحاجة اليه عند تجاحد
وكذا المراد بقوله وكذلك ان اشهد فى المجلس طلب المواثبة قوله بخلاف القصاص

لانه حق متقرر اى فى المحل وهو نفس القاتل فيصح الاعتياض عنه قلت
وهذا ينافى ما ذكر فى الجنايات من قوله واذا قطع واحد يمينى رجلين
حضرا فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه بنصفين سواء
قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعى رحمة الله عليه فى التعاقب
يقطع بالاول وفى القران يقرع لانا لليد استحقها الاول فلا يثبت
الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن ولنا انهما استويا فى سبب
الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة والقصاص ملك
الفعل ثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء اما المحل خلو
عنه فلا يمنع الثانى بخلاف الرهن لان الحق فى المحل وصار كما اذا قطع
العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته لهما ثم لو سلم ان للولى المقتول
حقا فى المحل فلا يخفى ان ملكه فى المحل ضرورى لا يظهر الا فى حق
الاستيفاء فينبغى ان لا يظهر فى حق الاعتياض وكذا ملك الزوج فى المنكوحة
ملك ضرورى لا يظهر الا فى حق حل الاستمتاع فيجب ان لا يظهر فى حق
الاعتياض فالظاهر ان بناء الجواز الصلح عن حق القصاص والخلع
مع المنكوحة الى النص الوارد فيهما على خلاف القياس قوله ولان
بالموت الخ عطف على قوله وقد مر فى البيوع لانه اشارة الى تعليل ذكره
فى البيوع وهو ان الخيار مشيئة وارادة وانها لا تورث وحق الشفعة
ايضا مشيئة وارادة اذ لا حق له فى المحل قبل التملك وفى بعض الحواشى
انه عطف على محذوف وهو ما ذكر من قوله لان حق الشفعة ليس بحق
متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك ومجرد الحق لا يورث قوله ولا يثبت
الملك للوارث بعد البيع لا يقال ملك الوارث عين ملك المورث
حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث اجيب
بانه ملك متجدد من وجه حتى يجب عليه الاستبراء فى الجارية الموروثة
فلا يبقى حق الشفعة بالشك ولقائل ان يقول كونه عين ملك المورث
يقتضى ان يبقى حق الشفعة وكونه ملكا متجددا يقتضى ان لا يبقى وحق
الشفعة قد كان فلا يبطل بالشك قوله لان الاول باخذ المشفوعة
يسعى فى نقض ما تم من جهته وسعى الانسان فى نقض ما تم من قبله مردود
اى دعوى الانسان عدم لزوم ما تم ولزم من قبله مردود لان الاقدام
على العقد الذى اصلها اللزوم اقرار منه بلزومه فبعد ذلك لو ادعى
ما يوجب عدم اللزوم كان متناقضا وبهذا ينحل كثير من الاشكالات
الواردة على قولهم سعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود يعرف بالتامل

قوله والمشترى لا ينتقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء يعنى
ان شراءه لغيره ان كان ينتقض بالاخذ بالشفعة فقد يخلف شراء
مثله والنقض المخلف كلا نقض بخلاف البيع فانه ينتقض لا الى خلف
وتوضيحه ان الملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل وكان ملكه ملك الوكيل
اعتبارا وبالاخذ بالشفعة يتقرر ملك الوكيل فلا يكون ساعيا فى نقض ما
تم من جهته حكما ثم هنا اشكال حيث ذكر فى الكافى فى فصل المتفرقات
من كتاب الشفعة ما يدل على ان اتمام شرى الغير يبطل ما له من حق الشفعة حيث
قال دار لها شفعاء ثلثة اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على ان يكون
لاحدهما سدسها وللاخر خمسة اسداسها صح الشرى ولا شفعة لاحدهما
على صاحبه لانهما متى باشرا صفقة صار كل واحد منهما متمما عقد صاحبه
لانه لا يصح شراء احدهما الا بقبول الاخر فلو اخذ نصيب صاحبه بالشفعة
يصير ساعيا فى نقض ما تم به هنا كلامه ووجه الاشكال ظاهر لان
الاقدام على اتمام شرى صاحبه لا يربو على الشرى للغير او اجازة الشرى
له بان شرط المشترى الخيار لغيره وهو شفيع الدار فامضى الشرى وذلك
لا يبطل حق الشفيع فكذا هذا فتامل فهذا يحتاج الى مزيد تامل قوله
قيمتها الف او اكثر قال الشارح تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد
فانه لو كانت قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا
قلت التقييد قد يكون للاحتراز وقد يكون لاثبات الحكم فى غيره بالطريق
الاولى فالتقييد بقوله قيمتها الف او اكثر لاثبات انه لو كانت اقل
من الالف لم يبطل الشفعة بالطريق الاولى اقول والاوجه ان يبيع
بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد
الدينار لا غير وقد يقال فى هذا احتمال لحوق الضرر بالمشترى اذ
البايع ربما لا يشترى الدينار من المشترى بالدراهم الثمن فيتضرر المشترى
بشراء الدار باضعاف قيمتها الا ان يقال انهما لما تواضعا على احد الدينار
فالظاهر هو الجرى على المواضعة فاحتمال ان لا يشترى الدينار خلاف
الظاهر بخلاف الاستحقاق فانه لا مرد له قوله لان العبد فى هذا
لتفرق الصفقة لا للثمن فيه اشارة ظاهرة الى ان تفريق الثمن لا يوجب
تفرق الصفقة على خلاف ما اشار اليه فى اول البيوع بقوله الا اذا
بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وقد ذكرنا هنالك ان فيه اختلاف الرواية
فليرجع اليه

كتاب القسمة

اوردها عقيب الشفعة
وان كان الانسب ايرادها عقيب الشركة لان كلا من القسمة والشفعة

مبادلة

مبادلة جبرية اما الشفعة فظاهر وكذا القسمة فى متحد الجنس ولان
كلا منهما من نتايج الشركة اما القسمة فظاهر وكذا الشفعة لان اقوى
اسبابه الشركة فى نفس المبيع ولان القسمة قاطعة للشفعة دافعة لها
رجوعا الى قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة والنفى يقتضى الثبوت فكانت بينهما مناسبة التقابل
والمتضادان يقترنان ابدا مع تقدم المثبت على النافى قوله والافراز
هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت قال فى الكافى
معنى الافراز والتمييز فى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضها لان ما ياخذه مثل حقه صورة ومعنى
فامكن ان يجعل عين حقه الا يرى ان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة
صاحبه ولو كانت مبادلة لشرط رضاه وهنا بحث حيث ذكر فى الذخيرة
فى فصل القسمة فى المضاربة لو ان رب المال قبض راس المال اولا ثم
اقتسما الربح واخذ المضارب حصته ولم يقبض رب المال حصته حتى هلك
حصة رب المال فالذى هلك يهلك عليهما والذى فى يد المضارب بينهما
لان القسمة قد انتقضت بهلاك حصة رب المال والاصل ان فى قسمة
المكيل والموزون اذا هلك احد النصيبين قبل القبض انتقضت القسمة
ويعود الامر الى ما كان قبل القسمة لان هذه القسمة مبادلة من وجه افراز
من وجه فباعتبار المبادلة اذا هلك احد النصيبين قبل القبض ينتقض القسمة
ولا ينقطع حق من هلك نصيبه عما قبض صاحبه وباعتبار الافراز ينقطع
فلا ينتقض بالشك والاحتمال الى هنا لفظه فلو كانت القسمة فى المكيلات
افرازا لا مبادلة لم ينتقض القسمة فيها بهلاك احد النصيبين قبل القبض
ولم يكن لما ذكر فى الذخيرة من تحقق الشك فى انقطاع حقه عما قبضه
صاحبه وجه اذ الشك يقتضى استواء الجانبين فلا يتحقق مع ترجح
جانب الافراز فكيف مع عدم اعتبار معنى المبادلة كما صرح به بعض
المشايخ وذكر فى المغنى ان فى كل موضع يمكن العمل بشبه الافراز والمبادلة
يعمل والا فبشبه الافراز لاندراج ولا يخفى ان العمل بهما فى مسئلة المضاربة
غير ممكن فيجب ان يعمل بشبه الافراز وما ذكر فى الذخيرة مشكل بوجه اخر
لان حق كل منهما قد انقطع عما وقع فى نصيب الاخر بمجرد القسمة ثم اذا
هلك احد النصيبين قبل القبض وقع الشك فى عوده على نحو ما ذكر
فلا يعود بالشك قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات
والعروض لاجل التفاوت فى غير ذوات الامثال كلها وبه صرح فى المغنى وغيره

فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فتشبه المبادلة فيها ترجح
لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة
فظاهر واما الحكم فلان نصف ما اخذ كل واحد مثل لما ترك على صاحبه
باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا الا ان ما
ياخذه كل واحد ليس بمثل لما ترك بتعين لان المقسوم ليس من ذوات
الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المماثلة بتعين فالافراز
مع المبادلة استويا في الحكم وترجحت المبادلة بالحقيقة وذكر في المبسوط
ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب
والحيوانات فانها تمييز عند اتحاد الجنس وتفاوت المنفعة ولهذا
يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى
ان نصيب كل واحد نصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما اخذ صاحبه
من نصيبه ولهذا لا ينفرد احد الشريكين ولا يبيع احدهما نصيبه مرابحة
بعد القسمة كذا في الشرح ولا يخفى ان ما ذكر في المبسوط لا يصلح دليلا
على ما ادعاه من عموم قوله اي في غير ذوات الامثال كلها حيث جعل
في المبسوط القسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات تمييزا فيه
معنى المبادلة ولم يجعل مبادلة فيه معنى التمييز فهو تشير الى ان معنى المبادلة
في غير ذوات الامثال تابع عند اتحاد الجنس فلا تصلح دليلا على عموم
قوله في غير ذوات الامثال كلها ثم صرح في المبسوط في موضع اخر
بان معنى المبادلة عند اتحاد الجنس تابع حيث قال اذا كان الغنم بين قوم
فاراد بعضهم قسمتها وكره بعضهم ذلك فان القاضي يقسمها بينهم
لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان
ممكن للتفاوت في المقصود فيغلب معنى التمييز في هذه القسمة على معنى
المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء
عليه وكذا كل صنف من الحيوان او غيره ومن الثياب او مايكال ويوزن
فعند اتحاد الجنس يجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا
في الرقيق هذا كلامه اللهم الا ان يقال ما ذكر في المبسوط من قوله
فيغلب معنى التمييز معناه يجعل معنى التمييز الذي فيه غالبا في حكم الجبر
لمساس الحاجة الى ذلك وهو دفع الضرر عن الشريك الطالب لا ان
معنى التمييز فيه غالب كما في قسمة المثليات وقوله ونوع تمييز فيه معنى المبادلة
المقصود منه اثبات معنى التمييز لا كونه غالبا فيه على معنى المبادلة فانه
ملك يتفاوت المنفعة وهو جهة في كونه تمييزا لا في كون التمييز غالبا

وبهذا

وبهذا يندفع المخالفة بين ما ذكر في المبسوط وما ذكر في المغني فاما ما رام
الشارح بذكر ما في المبسوط من اثبات قوله اي في غير ذوات الامثال كلها
فمشكل لان كلام المبسوط لا يدل على ترجح معنى المبادلة بل ظاهره يدل على ترجح
معنى الافراز الا ان يقال انه ذكر لبيان ان الاختلاف بين ما ذكر في المغني وبينه
لا دليلا على العموم المذكور اذ الفقه المذكور في المغني يدل على ان معنى المبادلة
انما يترجح في غير ذوات الامثال كلها وما ذكر في المبسوط من انه
اذا لم يكن من جنس واحد اما اذا كان فالراجح معنى التمييز قوله الا انها
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب بعض الشركاء
هذا جواب ما يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض بان يقال لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبي
على القسمة في غير ذوات الامثال قلنا انما يجبر لدفع الضرر عنه كالمديون
يحبس حتى يبيع ماله ليقضي الدين كذا في الشرح قلت قد صرح
الشارح في كتاب الوصية في مسئلة واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى
احدهما ببيت بعينه عند قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ان قول
المصنف رح في كتاب القسمة ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض محمول على ما لم يكن من جنس واحد حيث قال ومعنى قوله
والمبادلة الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد
ولا يخفى ان قوله والمبادلة الخ لو كان محمولا على ما اذا لم يكن من جنس واحد
لم يتوجه عليه السؤال الذي ذكر الشارح بقوله بان يقال الخ لان القاضي
انما يجبر على القسمة اذا كان من جنس واحد اما اذا لم يكن فلا وكذا لا يكون
للجواب الذي ذكر معنى اصلا اللهم الا ان يثبت اختلاف الروايتين في متحد
الجنس ان التابع فيه معنى المبادلة كما هو المفهوم من المبسوط او معنى الافراز
كما هو المفهوم من المغني على ما ذكرنا فح كان قوله وهذا جواب سؤال الخ
محمولا على رواية المغني وما ذكر في الوصية محمولا على رواية المبسوط قوله
لان فيه معنى الافراز وتحقيقه ان في هذه القسمة معنى الافراز والمبادلة
وشيء منهما لا يمنع الجبر اما الافراز فظاهر وكذا المبادلة لان الجبر
فيجري فيها اذا مست الحاجة اليها وتعينت لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء
الديون قوله ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله فان قلت
يشكل بما مر من قوله ويقدر اجر مثله لئلا يتحكم بالزيادة وذلك ان التحكم
اذا كان منتفيا بتقدير اجر المثل كيف يتحكم بالزيادة على اجر مثله لو تعين
اجيب بان التحكم ان كان ينتفي بتقدير القاضي اجر المثل ولكن مع ذلك

ينبغي ان لا يجبر الناس على قاسم واحد مبالغة في نفي التحكم قوله ليقتصرهم
ولا يتعداهم اي ليتذكر بالنظر اليه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد
الى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك لهم اخر ولا على مالك لها كذا
في الكافي وهو مشكل لان هذا القضاء لا يحتمل ان يكون قضاء على شريك
اخر وعلى مالك للدار وان كان بالبينة على ما عرف ان القضاء بالملك
ليس بقضاء على الناس كافة بل هو مقتصر عليه فلا وجه لقوله حتى لا يكون
ذلك قضاء على شريك اخر لهم ولا على مالك لها بل هو محتاج الى مزيد بيان
وفي الشرح ان حكم القسمة بالبينة يخالف حكمها بالاقرار ان القسمة
بالبينة تتعدى الى الغير حتى لو ادعتا ام ولد هذا الميت ومدبره العتق
فالقاضي يقضي لهما بالعتق ولا يكلفهما اقامة البينة على الموت فعلم
القسمة باقرار لا تتعدى الا يرى انه لا يقضي بالعتق في هاتين الصورتين
الا ببينة تقوم على الموت كذا ذكر في الذخيرة قوله ولا يتعداهم قلت
كيف يتعداهم ووجود هذه البينة عندهما كعدمه على ما يشعر به قوله
في دليلهما وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد قوله ولا
ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة لا يقال
لو كانت التركة مبقاة على ملك الميت لصح الرجوع للواهب فيما اذا وهب
له لان المانع من الرجوع انما هو انتقال الملك ولم ينتقل بعد لان الحكم ببقاء
التركة على ملكه انما هو لدفع حاجته في قضاء الديون وتنفيذ الوصية
فلا يظهر ملكه فيما وراءه الا يرى انه لو اعتق الوارث عبدا من التركة
قبل القسمة ينفذ في نصيبه فلو لم يكن الملك منتقلا اليه حقيقة لما نفذ
عتقه فعلم ان الملك قد انتقل الى الوارث ولكن حكم ببقائه على ملك الميت
قضاء لحاجته فلا يظهر فيما وراءه قوله وفي الجامع الصغير ارض ادعاها
رجلان واقاما البينة على انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى
يقيما البينة على الملك انها لهما والمعنى من الدعوى ان يقولوا عند القاضي ان
هذه الارض ملكهما فاقاما البينة على انها في ايديهما
كذا في الحاشية وفيه نظر لانهم لو اقروا بالملك واقاموا البينة على اليد
ليست الملك لهم من حيث الظاهر لان اليد دليل الملك والاقرار امارة
الصدق فينبغي ان تقسم الارض بينهما على قول ابي يوسف ومحمد رح
لانه يكفي لقسمة الملك على قولهما بالملك الثابت من حيث الظاهر على ما مر
في المسئلة المتقدمة والمصنف ره ذكر بعد ان قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة
انها لهما على قول الكل وعلل بقوله لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه

وقسمة الملك

وقسمة الملك يفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز فلو كانت صورة المسئلة
كما ذكرت في الحاشية لكان الملك ثابتا من حيث الظاهر وهو المصحح للقسمة
عندهما فلا يصح نفي الملك الذي يبتني عليه القسمة بقوله ولا شك وفي كتابها
شرط في الجامع اقامة البينة على الملك للقسمة لانه مد الحكم الى اقامة البينة
على الملك فقال لم يقسمها حتى يقيما البينة على انها لهما وفي كتاب القسمة لم يشترط
قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع كتاب القسمة فيما
اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع فيما اذا ادعيا اليد ابتداء ثم قوله
انهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه
ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان يكون الاملاك في يد الملاك فيعتبر
هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملكا لغيرهما لانه احتمال بلا دليل
اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه لانهما
طلبا القسمة من القاضي والقسمة لا تكون الا في الملك فلما سكتوا عنه
دل على ان الملك ليس لهما فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة
ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال ان تكون لغيرهما هذا
كلامه وانه ايضا يدل على ركاكة ما في الحاشية اذ لو كان المعنى من الدعوى
ما ذكر لم يستقم هذا التوفيق قوله ولا ملك فامتنع الجواز اصله غاية
ما في الباب ان اليد دليل الملك لكن اليد دليل ظاهر وانه يكفي للدفع
لا للاستحقاق والحاجة هنا الى الاستحقاق كذا في الحاشية وفيه نظر
لما صرح الشارح في كتاب الشهادات نقلا عن الاسرار ان الظاهر
يكفي للاستحقاق اذا لم ينازعه اخر حيث قال عند قوله قال ابو حنيفة رح
يقتصر على ظاهر العدالة وقولهم الظاهر لا يكفي للاستحقاق قلنا
قد يكفي له اذا لم ينازعه غيره الا يرى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر
يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري وهنا كذلك لان كلامنا
فيما اذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود الى هذا اشير في الاسرار هذا
كلامه ولا يخفى انه لا منازعة في مسئلتنا ايضا فينبغي ان تقسم بظاهر اليد
وايضا يشكل بالمسئلة المتقدمة وهو ما اذا احضر الشركاء عند القاضي
الى اخرها حيث يقسم هناك عندهما قسمة الملك قبل اقامة البينة
مع انه لا ملك هناك الا بالظاهر وهو اليد والاقرار على ما مر قوله
والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب قال الشارح قوله والدار في ايديهم
وقع سهوا لانه لو كان الدار في ايديهم لكان البعض في يد الغايب ضرورة
وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغايب

اوشئ منه لم يقسم فالصحيح ان يقال والدار في ايديهما قلت الضمير في قوله
ايديهم عايد الى الحضور من الورثة لا الى الجميع اى والدار في ايدي الحضور
من الورثة ومعهم اى مع الحاضرين وارث غايب والمراد بالتثنية في قوله
واذا حضر وارثان ما فوق الواحد بدليل انه خرج في مقابلة الواحد
حيث قال وان حضر وارث واحد ولكن لما كان افراد الجمع فيما فوق
الواحد اكثر من التثنية اختار ضمير الجمع في ايديهم ومعهم دون التثنية
ثم النكتة في ايراد لفظ التثنية اولا ثم ايراد الجمع ثانيا هي الاشارة الى ان
حضور اثنين من الورثة والجمع منهم سواء فلو اتى اولا بلفظ الجمع بان قال
اذا حضرت الورثة او اتى ثانيا بضمير التثنية ايضا لم يتأت الاشارة
المذكورة فلذا ذكر اولا بلفظ التثنية مريدا به ما فوق الواحد ثم اتى بضمير
الجمع فهذا من كمال البلاغة لا من السهو وكيف يحمل كلام مثل المصنف رح
على السهو والامر في التصحيح هين **قوله** وكذا لو كان مكان الغايب صبي
يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه قال الشارح ان ههنا مسئلة لابد
من معرفتها وهي ان القاضي انما ينصب وصيا عن الصغير اذا كان الصغير
حاضرا اما اذا كان غايبا فلا ينصب عنه وصيا بخلاف الكبير الغايب
في قول ابي يوسف رح فانه ينصب وصيا عن الغايب على قوله وبخلاف ما
اذا وقع الدعوى على الميت فانه ينصب وصيا عن الميت وان كان
المدعي واحدا على ما ذكرنا ثم الفرق بين الصبي الغايب والحاضر
في حق نصب الوصي هو ان الصغير اذا كان حاضرا ينصب الوصي لاجل الجواب
ضرورة لان الدعوى قد صحت على الصبي لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب
فينصب عنه وصيا ليجيب خصمه اما اذا كان غايبا لم يصح الدعوى عليه ولم
يتوجه الجواب عليه فلم يوجد الضرورة على نصب الوصي الى هنا اشار
في الذخيرة الى هنا كلامه قلت اذا كان بعض الورثة صغيرا فغيره من الورثة
ينصب خصما عنه لما عرف ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي
الورثة ولما كان غير الصبي خصما عنه لا يحتاج الى نصب الوصي عنه ليصير
خصما عنه وايضا انما ينصب القاضي وصيا عن الصغير للقبض لا لجواب الدعوى

فصل فيما يقسم وفيما لا يقسم **قوله** وذكر الخصاف قلت
هذا تنصيص بالاختلاف فيما بينهم عند طلب صاحب الكثير وذكر في الخزانة
انه اذا طلب صاحب الكثير وابى صاحب القليل قسمت الدار بالاتفاق
قوله ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بيناه في الثوب الواحد من اشتمال
القسمة على الضرر لان القسمة ايضا لا يتحقق الا بالقطع اذ لا يمكن زيادة الدراهم

للوكس

للوكس حيث لا يجوز ادخال الدراهم في القسمة جبرا لان القسمة حق
في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم
يقسم ما ليس بمشترك في البعض ولا حاجة الى القطع ولا الى ادخال غير
المشترك في القسمة واذا لم يمكن ادخال الدراهم في القسمة لا يتحقق الا بالقطع
وفيه من الضرر ما لا يخفى **قوله** فصار كالجنس المختلف قلت متى كانت
العبيد كالجنس المختلف لما صح تسميته في المهر وقد صحت تسميته في النكاح
حتى يلزم العبد الوسط فعلم انه جنس واحد واما ما ذكر في الشرح الا ان
جهالة الرقيق جهالة فاحشة الا ان تلك الجهالة المتفاحشة موجودة بين
انواع مهر المثل فلما لم يعتبر اعتبار تلك الجهالة وان فحشت لم يعتبر ما دونه
من الجهالة فيه ايضا هذا كلامه وفيه نظر لان مهر المثل اما دراهم
او دنانير ولا تفاوت بينهما الا في الصورة حتى انهما اعتبرا جنسا واحدا
في كثير من المسائل فاين الجهالة المتفاحشة في انواع مهر المثل وايضا
اذا كانت الجهالة الفاحشة متحملة في النكاح لصحت تسمية دابة او حيوان
او ثوب وانه لا يجوز فالجواب ان التسمية في النكاح باعتبار المالية
والعبد الوسط لا يتفاوت افراده في المالية فلا ينافي التسمية انما التفاوت
بينها باعتبار المعاني الباطنة فينافي القسمة حيث لا يمكن المعادلة بين
الشريكين وايضا العبيد وان كانوا اجناسا باعتبار المعاني الباطنة
فهم جنس واحد في الصورة فاعتبرناهم اجناسا في القسمة وجنسا واحدا
في النكاح عملا بالصورة والمعنى ولم يعكس لان مبنى النكاح على المسامحة
ومبنى القسمة على المضايقة فافترقا **قوله** بخلاف الحيوانات لان التفاوت
بينهما يقل عند اتحاد الجنس وهذا يخالف ما ذكر في السلم انه لا يجوز
السلم في الحيوان وان بين النوع والجنس والصفة وعلل بانه بعد ذكر
هذه الاوصاف يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة
فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد وقلما يتفاوت
الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد ذكرنا وجه التوفيق وحل الاشكال
في السلم فعليك به **قوله** الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان
ومن الحيوانات جنس واحد حتى ان من اشترى شخصا على انه ذكر فاذا
هو جارية فله الرد ولو اشترى حيوانا على انه ذكر فاذا هو انثى فليس له الرد
كذا في الحاشية وفيه ضعف لما عرف فانه اذا اشترى شخصا على انه ذكر
فاذا هو جارية فالبيع باطل او فاسد على اختلاف قوله ومن اشترى حيوانا
على انه ذكر فاذا هو انثى يتخير لفوات الوصف المرغوب وما ذكر في الحاشية

يدل على ثبوت الخيار في الاولى ولزوم العقد في الثانية وانه بالف
مرحل من الصواب قال الشارح والحجة الظاهرة لابي حنيفة رضي الله عنه
ما قال اصحابنا جميعا فيمن دفع الى اخر الف درهم مضاربة فاشترى
بها عبدين كل واحد يساوي الفا ان عتق المضارب لا ينفذ ولو
كان يجب القسمة جميعا لصار الدفع من كل عبد للمضارب فكان
ينبغي ان ينفذ عتقه كما اذا كان عبدا واحدا قيمته الفان وكذلك
لا يلزمه الزكوة في نصيبه حيث قالوا لا يملك شيئا من العبدين تبين
ان كل عبد على حدة كان ليس معه غيره في حق اثبات الشركة بينهما وعند
ذلك لا يفضل شيء من العبدين عن راس المال فلم يثبت له ملك فكانت
هذه المسئلة ناقضة لما قالا هذا ما ذكر في المبسوط والاسرار تم كلامه
قلت ذكر الشارح في مسئلة المضاربة نقلا عن الاسرار ان مذهبهما
كمذهب ابي حنيفة لانهما يقولان ان العبيد بمنزلة اجناس مختلفة حكما
الا ان يرى القاضي الصلاح في الجمع او تراضوا على ذلك حيث قال ولئن
نقول ان حقه في الربح ولا يتحقق الربح الا بعد تحصيل راس المال
وقد ثبت من مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه ان العبيد لا يقسمون جملة بل
كل على حياله واذا اعتبر وحده لم يفضل شيء منه عن راس المال بخلاف
الفرسين لانهما يقسمان جملة واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا
وكذلك لو كان عبدا واحدا وكذلك مذهبهما لانهما يقولان ان
العبيد بمنزلة اجناس مختلفة حكما الا ان يرى القاضي الصلاح
في الجمع او تراضوا على ذلك ولم يوجد ذلك في مسئلتنا هذا كلامه
فظهر ان قولهما يقسم العبيد جملة محمول على ما اذا راى القاضي الصلاح
فيه فلا يكون مسئلة المضاربة حجة له عليه الا ان يحمل ما في الكتاب
على الاطلاق على ما يشعر به تعليل مذهبهما بقوله لاتحاد الجنس كما
في الابل والغنم ويحمل ما ذكر في المضاربة رواية اخرى في قول ابي يوسف
ومحمد وحينئذ كانت مسئلة المضاربة ناقضة لما قالا والله اعلم
قوله بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها قلت الامام قائم مقام جميع الغانمين وله ولاية
على الغنائم كولاية الاب والوصي في مال الصغير فكان بيعه بحكم الولاية
والنيابة عن الكل كبيع جميع الشركاء المال المشترك فكما جاز بيع الاب
مال الصغير ولا يكون ذلك دليلا على عدم تعلق حق الصغير بالعين
فكذا بيع الامام الغنائم بحكم الولاية والنيابة الشرعية لا يكون دليلا

على عدم

على عدم حقهم بالصورة وذلك ان بيع الولي كبيع المولى عليه مع الوصي
بعينه مع تعلق حقهم بالصورة والمعنى فالفرق الصحيح لابي حنيفة عن رقيق
المغنم ان الممتنع من قسمة الرقيق انما هو القسمة جبرا اما القسمة بالتراضي
فلا منع منه بالاتفاق وقسمة الامام رقيق المغنم كقسمة الكل فيما بينهم بالتراضي
لقيامه مقام الكل وكون تصرفه كتصرف الكل قوله لهما انها جنس واحد
اسما الى قوله فيفوض الترجيح الى راي القاضي ولا يشكل هذا بالعبيد
فانها تقسم جملة عندهما ولا يفوض الترجيح الى راي القاضي مع انها
جنس واحد اسما وصورة اجناس معنى نظرا الى تفاوت المعاني الباطنة
لانا قد ذكرنا من الاسرار ان مذهبهما في العبيد كمذهبهما في الدور حيث
يفوض الترجيح الى راي القاضي فيهما جميعا اما على ظاهر لفظ الكتاب فالفرق
مشكل قوله ويبتني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة يعني انهما
مختلفان جنسا رواية واحدة وحرمة النسا لشبهة المجانسة وهي متحققة
بين منافع الدار والحانوت لان المقصود من الكل اصل السكنى وقد قيل
عليه ينبغي ان لا يعتبر شبهة المجانسة في حق الحرمة لان في حقيقة
المجانسة اذا باع الشيء بجنسه يصير شبهة الربوا ففي شبهة المجانسة
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة كذا في النهاية قلت قد ذكر
الشارح في الاجارة عند قوله ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النسا
عندنا وصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ان حرمة النسا بالجنس
ثابت بالنص لا يتعلق بقيام الفضل حيث قال فان قيل انما حرم
بيع الجنس بالجنس عندكم لان النقد خير من النسيئة فيكون فيه معنى
الفضل ولا فضل هنا فالعدم في البدلين على نمط واحد قلنا نعم
الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع بعلته اما في النص بعينه
فلا يراعى العلة ويتعلق بعينه وهو انه ليس يدا بيد فان النبي صلى الله
عليه وسلم قال اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون
يدا بيد فيكون الحرمة فيما اذا لم يكن يدا بيد بالنص لا بالقياس فلا يعتبر
للحرمة قيام الفضل لان النص لم يشر الى الفضل الى هنا لفظه فظهر ان
حرمة اجارة المنافع بجنسه مبني على اتحاد الجنس دون شبهة الفضل
والاتحاد بين الحانوت والدار ثابت شبهة فيحرم الاجارة احتياطا
نعم لو كان حرمة اجارة الجنس بالجنس مبنيا على شبهة الفضل كما زعم
المعترض لما حرم بشبهة المجانسة لما فيه من اعتبار شبهة الشبهة
ولكن لما كان حرمة الاجارة عند اتحاد الجنس ثابتا بالنص غير مبني

على شبهة الفضل ينبغي ان يحرم عند شبهة اتحاد الجنس لان الشبهة فيما يحتاط فيه كالحقيقة فان قلت النص المذكور وارد في مختلفي الجنس حيث قال عليه السلام اذا اختلف النوعان الخ ففي متحدي الجنس لا يثبت الحرمة الا بعلة شبهة الفضل اجيب بان النص ان كان ورد في مختلفي الجنس فالمراد النوعان المتحدان اذ لا نسأ عند اختلاف النوع والقدر فيكون واردا في متحدي القدر والوارد في متحدي القدر كالوارد في متحدي الجنس اذ الجنس والقدر متماثلان في باب الربوا والوارد في احد المثلين وارد في الاخر فكانه قيل اذا اختلف النوعان المتحدان في القدر او اتحد النوعان من غير اتحاد في القدر فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فكان حرمة النسا في متحدي الجنس ثابتا بالنص بهذا الاعتبار والله اعلم ثم لا يشكل ما ذكرهنا من ان اجارة الدار بالحانوت لا تجوز باعتبار شبهة الربوا نظيرا الى شبهة المجانسة باسلام النقود في الزعفران فانه جايز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن على ما مر تقريره في الربوا ووجه لا اشكال ان الوزن والجنس كل واحد منهما يحرم النسا بانفراده ثم اختلافهما في صفة الوزن مع اتفاقهما في ... لا يحرم النسأ فاختلاف كيفية جنس المنفعة بين الدار والحانوت مع شبهة الاتحاد اولى ان لا يحرم النسأ فالظاهر هو قال شمس الائمة الحلواني رح اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب وذكر في بعض الحواشي لبعض ائمة بها رضا بها الله تعالى عن البوار ان معنى قوله شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بسبب المجانسة الثابتة حقيقة من حيث الاصل وهو الارض ومن حيث اصل المنفعة وهو نفس السكنى فيكون النسا فيه شبهة الشبهة كما في بيع الهروي بالهروي مؤجلا وان كانا مختلفي الجنس بالنظر الى اختلاف كيفية الانتفاع فكانا متحدي الجنس من جهة ومختلفي الجنس من جهة اخرى فلا تناقض لاختلاف الجهة فكان الثابت هنا الشبهة لا شبهة الشبهة فلا يرد الاشكال المذكور في الكافي وهو ان المعتبر الشبهة دون النازل عنها والله اعلم هذا كلامه وانه مشكل ايضا لان قوله ويبتني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة لا معنى له سوى اثبات حرمة اجارة الدار بالحانوت على تقدير تسليم انهما جنسان باعتبار شبهة المجانسة لا باعتبار حقيقتها ولو جعل شبهة المجانسة بمعنى شبهة الربوا الكائنة باعتبار حقيقة المجانسة

لم يكن لهذا الترديد معنى اذ لا وجه لقوله ويبتني الخ سوى ترديد الحرمة بين ان يكون باعتبار حقيقة المجانسة بالتزام ان الدار والحانوت جنس واحد باعتبار شبهة المجانسة ان اعتبر الدار والحانوت جنسين ولو كانت النكتة الثانية ايضا بناء على حقيقة المجانسة آل الكلام الى ان حرمة اجارة الدار بالحانوت اما باعتبار حقيقة المجانسة او باعتبار حقيقة المجانسة وانه كلام ليس له معنى اصلا وكان المعطوف بالواو عين المعطوف عليه وايضا لما كانت الدار والحانوت جنسا واحدا من جهة مختلفا من جهة استحكم السؤال اذ لو كانا جنسا واحدا من وجه دون وجه من كل الوجوه لكان في اجارة احدهما بالاخرى شبهة الربوا فلما كانا جنسا واحدا من وجه دون وجه ينزل الشبهة الى شبهة الشبهة والمعتبر هو الشبهة دون النازل وايضا لا معنى لحقيقة المجانسة سوى المجانسة من كل وجه فمتى كانت من وجه دون وجه كانت فيه شبهة المجانسة لا حقيقتها وذلك ظاهر وايضا لا فرق على هذا بين الدار والحانوت وبين الزعفران والدراهم ثم اسلام الدراهم في الزعفران جايز وان كانا موزونين باعتبار ان وزنهما مختلف وصفا لان احدهما يوصف بالامنا والاخر بالسنجات فكذا ينبغي ان يصح اجارة الدار بالحانوت لاختلافهما في المنافع ثم مما ذكر في الشرح من ان حرمة النسا في متحدي القدر بالنص لا بشبهة الربوا فيثبت الحرمة عند اتحاد القدر او الجنس من وجه الحاقا للشبهة المنصوص بالمنصوص ايضا ينتقض بمسئلة جواز اسلام الدراهم في الزعفران على ما لا يخفى فانه لما حرم السلم في متحدي الوزن بالنص وجب ان يحرم عند شبهة اتحاد الوزن بل عند حقيقة الاتحاد وشبهة الاختلاف الحاقا ايضا احتياطا في باب المحرمات **فصل في كيفية القسمة**

قوله ودراهم لاجر في ذمته ولعلها لا نسلم له **فان قلت** هذا الضرر يندفع باشتراط قبض الدراهم في المجلس لان التعيين الحاصل بالقبض في المجلس كالتعيين في صلب العقد كما في الصرف والسلم **اجيب** بان اعتبار ساعات المجلس كساعة واحدة انما يصار اليه عند الضرورة كما في الصرف والسلم اذ لو لم يعتبر فيهما ساعاته كساعة واحدة لا نسد بابهما وفيه ضرر بين للناس لحاجتهم اليهما ولا ضرورة في ادخال الدراهم في القسمة حتى يصار الى هذا الاعتبار **قوله** والمراعى هو التسوية في السكنى لا في المرافق وقد يشكل بان الدارين لا يقسمان جملة عند ابي حنيفة رح لاختلاف المقصود والمرافق ولو كان المراعى هو التسوية في السكنى لا في المرافق لكان ينبغي ان يقسمان جملة لاتحاد الدور

فى اصل السكنى الا ان يقال معناه ان المراعى فى قسمة الدار الواحدة التسوية
فى اصل السكنى لا فى المرافق فالبيوت فى الدار الواحدة وان اختلفت بقسمة
جملة لما مر ان فى قسمة كل بيت ضررا فاعتبر التسوية فى اصل السكنى دون
المرافق فكذا فى قسمة العلو مع السفل يعتبر اصل السكنى فى القسمة ثم اذا
اعتبر فى اصل القسمة المساواة فى السكنى لا فى المرافق وجب ان يعتبر ذلك
فى وصف القسمة وهو الذرع ايضا الحاقا للوصف بالاصل **قوله** ويجعل
بمقابلته مائة ذراع من السفل المجرد اى الذى لا علو وهو مائة ذراع من البيت
الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه اى علو البيت الكامل وان كان
ستة وستين وثلثا ذراع مثل نصف سفله وسفله ستة وستون وثلثا
ذراع فيكون علوه ثلثة وثلثين وثلث ذراع وقد انضم مع السفل الذى
هو ستة وستون وثلثا ذراع فبلغت اى ذرعات البيت الكامل مائة اذرع
فيجعل بمقابلته مائة ذراع من السفل المجرد **قوله** والسفل المجرد ستة وستون
وثلثان لانه ضعف العلو **قلت** بيان تقابل البيت الكامل مع السفل المجرد
قد تم بقوله فبلغت مائة ذرع ولا حاجة فى بيان ذلك ولا فى توضيحه الى قوله
والسفل المجرد الخ مع ما فيه من التعقيد على ما لا يخفى لانه ان اراد بالسفل
المجرد الذى لا علو له فذلك قد فرض مائة اذرع وحكم هنا بانه ستة
وستون وثلثا ذراع وان اراد السفل من البيت بمعنى المجرد عن اعتبار
العلو فكونه ستا وستين وثلثا ذراع مما لا يحتاج الى اثباته بقوله لانه
ضعف العلو انما يحتاج الى التعليل كونه ضعفه اذا اريد تسويته مع العلو
مع كونه نصف العلو بان كان العلو ستة وستين وثلثين كان السفل
ثلثة وثلثين وثلثا ولكنه ليس بمراد هنا والاظهر هنا عبارة الكافى
حيث قال ويجعل بمقابلته مائة ذرع من السفل المجرد من البيت الكامل
ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فكان العلو والسفل
مثل مائة اذرع من السفل المجرد هذا كلامه وكانه اراد بالسفل المجرد
ما بقى والسفل المجرد بعد ما ذهب منه بالمقابلة مع السفل من البيت الكامل
فانه لما قوبل معه ذهب منه ستة وستون وثلثا ذراع وبقى منه ثلثة
وثلثون وثلث ذراع هذا القدر من حيث ان السفل ضعف العلو ستة
وستون وثلثا ذراع فيكون مقابله للعلو الذى هو ستة وستون وثلثا
ذراع من البيت الكامل فيكون هذا تخريجا اخر لاثبات التسوية بين مائة
اذرع من السفل المجرد مع ستة وستين وثلثين من البيت الكامل بناء
على اعتبار السفل المجرد ضعف العلو والتخريج الاول بناء على اعتبار العلو المجرد

نصف السفل ولا شك ان بيان التسوية تام على الاعتبارين جميعا غير انه لو كان
المقصود هنا لاتى باو مكان الواو فى قوله والسفل المجرد الخ ولكن استعارة
الحروف بعضها لبعض شايع فيجعل الواو بمعنى او والله اعلم **قوله** اولانه لا يصلح
مشهودا به لما انه غير لازم الا يرى انه اذا ادعى المولى على العبد انه كاتبه بالف درهم
وانكره العبد لا يقضى ببينة المولى لانه لا يفيد لان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ
الكتابة **فان قلت** اذا ادعى المكاتب ان الكتابة وقعت فاسدة بان ادعى
انها وقعت على الف درهم ورطل من خمر وانكر المولى اشتراط الخمر فالقول قول المولى
ويلزم المكاتب المكاتبة هكذا ذكر فى مكاتب الاصل وكان ينبغى ان لا يقضى
بجواز الكتابة بقول المولى لانه لا يقبل لان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ
الكتابة والجواب ان ما ذكر فى مكاتب الاصل محمول على الرواية التى جاءت
انه ليس للمكاتب ان يفسخ الكتابة متى عجز نفسه من غير قضاء فيكون الكتابة
عقدا لازما على هذه الرواية ومسئلة الشاهد محمولة على الرواية
التى جاءت ان للمكاتب فسخ الكتابة متى عجز نفسه من غير قضاء

فصل فى دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها قوله ينبغى
ان لا تقبل دعواه للمناقضة لانه قال قد استوفيت والاستيفاء عبارة
عن قبض جميع الحق ثم قال بعد ذلك لم اقبض فيكون مناقضا فى دعواه
وقد يقال التناقض انما يلزم ان لو كان المراد بالاستيفاء استيفاء
جميع الحق وليس كذلك بل مراده استيفاء ما اصابه بقسمة هذا القاسم
اى قد اشهد على نفسه باستيفاء ما اصابه بهذه القسمة ولكن
بعد ذلك يدعى الغلط فى القسمة ويقول انا قد اقتسمنا بالمناصفة
ولكن وقع الغلط فى المساحة والتمييز فبقى شئ مما اصابنى من النصف
فى يد صاحبى وصاحبه يساعده على ان القسمة كانت بالمناصفة
غير انه ينكر الغلط فى المساحة والتمييز ولا يخفى ان الاقرار باستيفاء
ما اصابه بالقسمة لا ينافى دعوى الغلط فى القسمة فلا يثبت التناقض
ثم هذا الاختلاف على ما ذكرنا من الصورة ليس باختلاف فى قدر
الواجب بالقسمة حتى يوجب التحالف بل هو دعوى عدم لزوم القسمة
بعد وقوعها لان القسمة اذا لم يكن على الوجه المشروط كانت
غير لازمة فصار كدعوى عدم لزوم البيع بشرط الخيار ولا تحالف
فيه فكذا هنا وعلى هذا لا يكون عدم جريان التحالف فى هذه المسئلة
دليلا على فساد هذه الدعوى كما اشار اليه بقوله واليه اشار من بعد
لان المسئلة اذا كانت مصورة على ما ذكرنا لا يكون اختلافا فى قدر

بالقسمة حتى يجب التحالف بل في عدم لزوم القسمة بعد لزومها ظاهرا
بخلاف ما اذا قال اصابني الى موضع كذا لان الاختلاف هناك في قدر
الواجب بالقسمة وصورته ان يقول قد اقتسمنا واصابني الى موضع
كذا وهكذا تراضينا على القسمة ويقول الاخر اصابك اقل من ذلك وهكذا
اقتسمنا وتراضينا وهذا اختلاف في قدر الواجب فيوجب التحالف
قبل الاشهاد بالاستيفاء اما لو اشهد به كان متناقضا في دعواه
سواء اشهد باستيفاء جميع حقه او بما اصابه بهذه القسمة
اما الاول فظاهر واما الثاني فلان المسئلة مصورة فيما اذا
اتفقا على وقوع القسمة على الوجه المستحق غير انه زعم احدهما انها وقعت
على وجه اصابني الى موضع كذا والاخر انها وقعت على وجه اصابك
اقل منه فلو اقر في هذه الصورة باستيفاء جميع ما وقعت القسمة
عليه ثم يدعي ان ما اصابه بهذه القسمة الواقعة على الوجه المستحق
شيئا في يد صاحبه كان متناقضا والتحالف يترتب على دعوى صحيحة
قوله واليه اشار من بعد وهو قوله وان قال اصابني الى موضع
كذا ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وتحالفا ففي هذا اشارة الى ان
لا تقبل دعواه فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء لان عدم التحالف
عند الاشهاد على نفسه بالاستيفاء لم يكن لمعنى الا ان التناقض مانع
لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى الا ترى انه يجري
التحالف عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف
في مقدار ما حصل بالقسمة كذا في الشرح وقد يقال لا نسلم ان
عدم التحالف بعد الاشهاد على نفسه بالاستيفاء للتناقض بل لمعنى
اخر وهو ان التحالف انما يجري اذا لم يكن الظاهر شاهدا لاحدهما اما
اذا كان فالقول قول من يشهد له الظاهر الا يرى ان الزوجين اذا
اختلفا في مقدار المهر يحكم مهر المثل ولا لمعرفة ممن يشهد له الظاهر
فان كان مثل ما قاله الزوج او اقل قضى بما قاله وان كان مثل ما قالت
المرأة او اكثر قضى بما قالته وان كان بينهما تحالفا على ما عرف من تخريج
الرازي رحمة الله عليه فعلم ان التحالف انما يصار اليه اذا لم يكن الظاهر
شاهدا لاحدهما اما اذا كان فلا تحالف وان كان موجبه موجود
اذا ثبت هذا فنقول دعوى الغلط في القسمة بعد الاشهاد على نفسه
بالاستيفاء دعوى خلاف الظاهر لان القسمة بعد الاستيفاء
لازمة ومدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم القسمة

وذلك

وذلك خلاف الظاهر كالمشتري يدعي لنفسه خيار العيب والشرط
والبايع يكذبه بخلاف ما قبل الاشهاد بالاستيفاء لان القسمة
قبل القبض غير لازم وغير اللازم كالمتجدد في كل ساعة فيكون دعوى
قبل التمام فلا يكون دعواه على خلاف الظاهر ثم قد قيل اريد بالبينة
في قوله الا ببينة اقرار صاحبه والتناقض لا يمنع الاقرار وقيل التناقض
في مثله عفو كالعبد يدعي الحرية بعد ما اقر انه رقيق وفي كلا القولين
بعد اما الاول فظاهر وكذا الثاني لان التناقض انما يعفى فيما
كان مبناه على الخفاء كالحرية فانها مبنية على الخفاء لاستبداد المولى
بالاعتاق بخلاف القسمة فانها ليست بمبنية على الخفاء حتى يعفى فيه
التناقض **فصل** قوله ذكر الاختلاف في استحقاق
بعض بعينه اذ الظاهر ان قوله بعينه راجع الى البعض لا الى نصيب احدهما
على ما توهم لان نصيب احدهما بعد القسمة لا يكون بعينه وكذا دعوى
الاستحقاق في نصيب احدهما غير عين باطل فلا بد وان يكون نصيب
احدهما متعينا فلا فائدة في هذه الزيادة قوله وهكذا ذكر في الاسرار
وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا فان هذه المسئلة مذكورة
في الاسرار في الشايع وضعا وتعليلا فان المذكور فيه دار بين رجلين
اقتسماها نصفين ثم استحق النصف من نصيب احدهما شايعا لم يبطل
القسمة عند ابي حنيفة رح ولكن يخير المستحق عليه ان شاء رد الباقي
واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق ولم ينتقض
وقال ابو يوسف رح انتقضت القسمة وقول محمد مضطرب فابو يوسف
يقول القسمة في الدار الافراز وحين استحق جزء شايعا من نصيب
احدهما تبين ان الافراز لم يتحقق فكانت باطلة كما لو استحق النصف
من النصيبين جميعا وابو حنيفة رح يقول بان الاستحقاق ان كان
يوجب شيوعا في نصيب الاخر فلا ينتقض القسمة كما لو استحق بيتا بعينه
من نصيب احدهما كذا في الشرح وقد يجاب بان المسمى بالاسرار غير واحد
فلعل المصنف رح احال الى اسرار اخر غير الذي ظنه الشارح انه المختار عليه
قوله بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما اي زيد وعمرو ومثلا وبين
ثالث ان كان النصف مشتركا بينهما وبين ثالث انصافا اذ الاشتراك
ينبئ عن المساواة والتسوية بين زيد وعمرو وبين ثالث انما يتحقق اذا
كان النصف لهما والنصف الاخر للثالث قوله ما لهما من المقدم
وهو نصف المقدم وربع المؤخر فيكون لكل منهما ثلثة اثمان كل الدار

قوله فكذا فى الانتهاء قلت غاية الامر ان القسمة على هذا الوجه ناقصة
ولا يلزم من الرضاء بالقسمة الكاملة الرضاء بالناقص منها ولكنا خيرناه
بين النقض والامضاء لذلك قوله لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
وقد يقال لم يبق القسمة مع الخيار فى الفسخ والامضاء فيندفع الضرر
بثبوت الخيار كما يندفع هذا الضرر عن المستحق عليه باثبات الخيار
له الا ان يقال اثبات الخيار يستدعى انعقاد القسمة وهى لم تنعقد
فى حق المستحق بخلاف المستحق عليه لانعقادها فى حقه فيمكن اثبات
الخيار قوله لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة يصادف
الصورة وفيه بحث اذ الاقدام على التسمية اقرار لصحته ولزومه ولدين
بنا فى الصحة واللزوم فكان متناقضا الا يرى الى ما ذكر المصنف
فى فصل الفضولى من قوله ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشترى
البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمر بالبيع واراد رد المبيع
لم تقبل بينته للتناقض فى الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه
بصحته اى بلزومه فصل فى المهاياة قوله المهاياة جائزة
استحسانا والقياس يابى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان
كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع
الشريك بملكه فى نوبته ولكنا تركنا القياس وجوزناها بالكتاب
وهو قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم كذا فى الشرح وهذا
يخالف ما ذكر الشارح بعد هذا فى جواب من جعل التهايؤ فى الجنس
الواحد افرازا من وجه عارية من وجه متمسكا بان التهايؤ جائز فى الجنس
الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت لانه يكون مبادلة المنفعة
بجنسها وانه يحرم النسأ حيث قال وانما لم يحرم النسأ لان القياس
ان لا يحرم النسأ باحد وصفى علة ربوا النقد لان الدين مع العين يستويان
فى القدر الا ان للعين فضلا من حيث الجودة لكن الفضل من حيث الجودة
لا يحرم عند وجود وصفى علة الربوا فلان لا يحرم وجود احد وصفيه
اولى الا انا اثبتنا هذه الحرمة عند وجود احد وصفى علة الربوا بخلاف
القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه والمهاياة مبادلة
من وجه فيعمل فيها بقضية القياس تم لفظه وهذا تصريح بان جواز
المهاياة ليس على خلاف القياس بل على وفاقه فيتناقض ما ذكره هنا
من ان القياس يابى جوازها الخ قوله لا ان القسمة اقوى منه فى استكمال
المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب وفيه بحث

لان التهايؤ من حيث المكان ايضا جمع المنافع فى زمان واحد مع انه ليس
باقوى من التهايؤ زمانا حتى اذا اختلفا فى التهايؤ ينبغى للقاضى ان يأمر
بان يتفقا ولا يقسم من حيث المكان ثم الدليل المذكور لا يصلح دليلا
على ان القسمة اقوى من التهايؤ مكانا والدعوى مطلق قوله ولا يبطل
التهايؤ بموت احدهما الخ وقد يشكل بان التهايؤ من حيث الزمان اجارة
حتى يشترط التأقيت قال الشارح واما اذا كان التهايؤ فى زمانين
فى مكان واحد فلا يمكن جعله افرازا بل يجعل كل كالمستقرض عن الآخر
فى نوبته فكان مبادلة لا افرازا هذا كلامه فلما كان التهايؤ زمانا
مبادلة والمبادلة فى المنافع اجارة وهى تبطل بالموت وجوابه ان
القياس ان يبطل بالموت ولكنا استحسنا فى ذلك لانه لو ينتقض
بالموت لاستانفه الحكم ولا فائدة فى النقض ثم الاستيناف قوله
لحدوث المنافع على ملكه فان قلت المنافع فى العارية تحدث على ملك
المستعير مع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز ان يسترد المعير قبل مضى
المدة فلا فائدة كذا فى الشاهان وفيه نظر لان كل واحد من الشريكين
ايضا تمكن من فسخ التهايؤ بطلب القسمة من القاضى قبل مضى الاجارة
لما مر انه لو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم
ويبطل المهاياة لانه ابلغ ثم قد يشكل بهذه المسئلة ما ذكر المصنف
فى العارية تعليلا لعدم جواز اجارة المستعير بقوله ولانا لو صححناها
لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفى وقوعه لازما
زيادة ضرر بالمستعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء المدة فابطلنا
ووجه الاشكال ان اجارة احد الشريكين بعد التهايؤ بالمكان يصح
ومع انه لو صححناها لا تصح الا لازما الى انقضاء مدة الاجارة وفى وقوعه عه
لازما زيادة ضرر بالشريك الاخر لسد باب النقض وقسمة العين فينبغى
ان لا تصح وبعبارة اخرى ان التهايؤ غير لازم لما قلنا فلو صحت الاجارة
لزم لزوم ما لا يلزم او عدم لزوم ما لا يلزم وهذا لان الاجارة لازمة
فى الاصل فلو هلك الشريك الاجارة فاما ان تقع هذه الاجارة
لازمة او غير لازمة فان وقعت لازمة لزم لزوم ما لا يلزم لانه اذا
لزمت الاجارة يصير التهايؤ لازما ضرورة لعدم امكان النقض
المرافعة الى القاضى فيكون خلاف موضوع التهايؤ وهو باطل والا
لزم عدم لزوم الاجارة وهو خلاف موضوعها ايضا قوله لحدوث
المنافع على ملكه ينتقض بالموصى له بالخدمة اذ المنافع تحدث على ملكه

مع انه لا يملك الاجارة عندنا فكانه اراد الحدوث على وجه اللزوم وملك الموصى
من حيث ان الوصية تبرع غير لازم انما يلزم بعارض موت المتبرع ولا معتبر
بالعارض فصار كالمستعير انما احال الشربكين فانما يملك المنافع بعد التهايؤ
تبعا الملك الرقبة اذ التهايؤ افراز ومعنى الافراز فيه غالب والاصل في المنافع
المملوكة تبعا لملك الرقبة هو اللزوم وعدم اللزوم هنا بعارض تقدم قسمة
العين على قسمة التهايؤ فاعتبر لازما تنزيلا للعارض كالعدم **قوله** وجه
الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع الخ وقد يقال ان الدارين
لا يتفاوتان الا في وجوه السكنى ومرافقه على ما مر وهذا عين
التفاوت في المنافع فلو تفاوت الداران في المنافع لصحت قسمة
العين فيها ايضا اذ لا مانع الا الاختلاف في المنافع ووجوه
السكنى من القرب بالماء والمسيل والجيران والمحل الا ان يقال
لما كانت الداران متحدين في اصل السكنى مختلفين في توابع السكنى
ومرافقه اعتبر الاتحاد في التهايؤ والاختلاف في قسمة العين اذ
التهايؤ قد يتسامح في قسمة العين لان قسمة العين لازمة والتهايؤ
ليس بلازم فاعتبر فيها التفاوت من حيث المرافق وجعل الداران
في حق التهايؤ كانهما لا يتفاوتان في المنافع **قوله** وتغيره في الحيوانات
فان قلت لا اثر للتغير سوى التفاضل في الاستغلال وبالتفاضل
فيه لا يفوت التعديل لانهما يشتركان في فضل الغلة فصار كالتهايؤ
في الدار الواحدة اذا ازدادت الغلة في نوبة احدهما حيث يشتركان
فيه **اجيب** بان التغير في الحيوانات لما كان غالبا افضى ذلك
الى التفاضل في الغلة كثيرا واحتيج الى القول بشركتهما في الفضل
فلا يفيد القسمة معنى الافراز الذي وضعت لاجله اما في الدار الواحدة
فلا تزداد غلة احدهما الا نادرا فيفيد القسمة معنى الافراز غالبا فصح
قوله لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فتعذر قسمتها
وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها وقد يشكل بان
التهايؤ في المنافع لو كانت لضرورة انها لا تبقى لكان ينبغي ان لا يجوز
التهايؤ في الدار الواحد والدارين بالاستغلال لان الغلة
ايضا عين باقية ترد عليه القسمة عند حصولها

كتاب المزارعة

قوله وقالا هي جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من ثمر او زرع **قلت** قد ذكر المصنف رح في كتاب
القسامة في وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان النبي عليه السلام

قال

اقر اهل خيبر على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج حيث
ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد
وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك
تكون بالسكنى الا يرى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وكانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون
السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير
اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم
على املاكهم وكان يأخذ منهم على وجه الخراج هذا لفظه وهو تصريح
من قبل محمد رح ان النبي عليه السلام اقر اهل خيبر على املاكهم وكان
يأخذ منهم على وجه الخراج ولم يكن معاملة ولا مزارعة فلا يصح التمسك
به لصحة المزارعة من قبل محمد رح **قوله** اعتبارا بالمضاربة كانه تمسك
بالدلالة والا فالمضاربة جوزت بخلاف القياس لانه في معنى
قفيز الطحان وما ثبت بخلاف القياس لا يحتمل المقايسة **قوله**
وله ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي المزارعة
وفي البخاري قال عمرو قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه وقال اي عمرو فاني اعطيهم
واغنيهم وان اعلمهم اخبرني يعني ابن عباس رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال ان يمنح احدكم اخاه خير من ان
يأخذ عليه خرجا معلوما **قوله** ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان
خراج مقاسمة اي ليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة لان ذلك
كان على سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز فانه عليه السلام ملكه
غنيمة وكان ما ترك في ايديهم فضلا وقد ورد في هذه الحديث
انه عليه السلام قال لاهل خيبر اقركم ما اقركم الله ولم يبين مدة معلومة
وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلومة فلم يصلح
الحديث حجة كذا في الشرح نقلا عن الايضاح وقد يشكل قوله وقد
اجمعوا الى اخره بما روي عن محمد بن سلمة ان المزارعة من غير بيان المدة
جايز ويقع على زرع واحد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وهذه الرواية
مذكورة في الشرح بعيد هذا نقلا عن الامام النسفي **قوله** ولظهور
تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل **فان قلت** فكيف لم يجوزه
ابو حنيفة رضي الله عنه والتعامل حجة بالاتفاق **اجيب** بان التعامل
اجماع عنده حادث فيكون كاجماع انعقد بعد الاختلاف وانه مجتهد فيه

فجاز ان يترك بما ورد من النهي عن المزارعة ترجيحا للحرمة قوله فتعذر ان يجعل تابعة اشارة الى ان اجارة البقر هنا لا يجوز مقصودا لانه اجارة باجر لا يقدر على تسليمه فصار كاجارة البقر للحمل على ان يكون للآجر قفيزا من المحمول قوله ووجهان اخران لم يذكرهما قلت بل ثلثة اوجه لم يذكرها في الكتاب احدها ان يكون البذر لاحدهما والباقي للاخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للاخر والثالث ان يكون البقر لاحدهما والباقي للاخر قوله ولم يرد به الشرع لان الشرع ورد في المضاربة شركة بين المال من جانب والعمل من جانب فكذا المزارعة المشروعة بدلالة المضاربة يجب ان ينعقد شركة بين المال من جانب والعمل من جانب فلو شرط فيه العمل من جانب رب الارض فسدت كما لو شرط في المضاربة العمل من جانب صاحب المال قوله لانه لا يجوز عند الانفراد اي انفراد البذر والبقر بان كان من احدهما البقر لا غير او البذر لا غير قوله فكذا عند الاجتماع وفيه نظر لان المزارعة عند كون البقر من احد والباقي من اخر انما لا يجوز لما فيه من استيجار البقر ببعض الخارج مقصودا وانه لا يجوز وهذا المعنى مفقود عند كون البقر والبذر من احدهما والارض والعمل من اخر لان المستأجر ببعض الخارج حينئذ انما هو منفعة الارض والعمل وانه جائز وجوابه ان عدم الجواز عند اشتراط البقر فقط من احد الجانبين لمعنيين احدهما ما ذكر من انه استيجار للبقر ببعض ما يخرج من عمله والثاني ان الاصل لجواز المزارعة انما هو المضاربة والمضاربة ما شرعت الا بشرط ان يكون العمل من احدهما والمال من الاخر فاما ان يكون العمل والمال من واحد فمفسد لها والارض في المزارعة كراس المال في المضاربة فكما فسد اشتراط العمل على رب المال في المضاربة فسد اشتراطه على صاحب الارض في المزارعة فالمعنى الاول ان لم يوجد فيما اذا اشترط البقر فقط من احدهما فقد وجد المعنى الثاني وذلك يكفي للفساد ثم ما ذكر في الكتاب من قوله وهي عندهما على اربعة اوجه منظور فيه لانه ان كان بيانا للمزارعة الصحيحة فلا يجوز لانها على ثلثة اوجه وان كان بيانا للمزارعة مطلقة فلا يستقيم ايضا لانه بين الاربعة بالثلثة الصحيحة والواحدة الفاسدة وان كان بيانا للمزارعة المطلقة لا يصح ايضا لانه على سبعة اوجه على ما يجي واجيب في الشاهان بان المراد المزارعة المستعملة فيما بين الناس وهي اربعة اوجه وفيه نظر لما ذكر الشارح المحقق رحمه الله من قوله فان قلت

التعامل

التعامل فيما بين الناس بكون البذر من احدهما والباقي من الاخر ظاهر فلو فسد هذا يقع الناس في الحرج فما الحيلة في تجويزه وكذا لو كان البقر من احدهما والباقي للاخر قلت الحيلة فيه ان يشتري نصف البذر منه ويبرئ البايع من الثمن ثم يقول ازرعها بالبذر كله على ان يكون الخارج بيننا نصفان لان البذر اذا كان مشتركا بينهما فالخارج يخرج من محل مشترك بينهما فيكون بينهما بدون هذا الشرط فمع الشرط اولى واما الحيلة فيما اذا كان البقر من احدهما فرواية ابي يوسف رحمه الله بالجواز انتهى لفظه ولا يخفى ان هاتين الصورتين اللتين ذكر الشارح التعامل فيهما ليستا من الصور الاربعة التي ذكرها في الكتاب فلا يستقيم الحصر على الاربعة وان اريد بها المزارعة المستعملة فيما بين الناس فالاولى ان يقال في وجه لا انحصار على الاربعة مع ان التقسيم العقلي يقتضي ان يكون سبعة اوجه هو ان المزارعة لا تخلو اما ان يكون اجارة على منفعة الارض ومنفعة العامل او منفعة غيرهما والمنعقد على منفعة العامل اما ان ينعقد على ان يعمل بآلته او بآلة غيره فصارت اربعة اقسام الا انه لم يعتبر اقسام القسم الثالث كما اعتبر اقسام القسم الثاني لفساده بجميع اقسامه فلم يتعرض له بالاستقصاء وان كان هو متنوعا الى اربعة اقسام لانه اما ان ينعقد على منفعة البذر او منفعة البقر او منفعة البذر والبقر او منفعة الارض والبقر والله اعلم قوله والمفسد هو الشرط جواب عما يقال متى كان التبن لصاحب البذر والارض ربما لا يخرج الا التبن فيؤدي الى قطع الشركة وانه مفسد وتقرير الجواب ان توهم انقطاع الشركة ليس بمفسد للعقد لانه ما من مزارعة الا وفيها هذا التوهم بل المفسد هو الشرط اي شرط يوجب توهم الانقطاع كشرط الحب لاحدهما ولم يوجد مثل هذا الشرط هنا اما اذا لم يشترط فظاهر وكذا اذا شرط لان التبن كان سالما لصاحب البذر بلا شرط لانه نماء ملكه والشركة فيه لا يشترط لصحة المزارعة لا تبع وما كان ثابتا بلا شرط كان اشتراطه كعدمه وبهذا يسقط ان لفظ الكتاب يشير الى انه لو شرط التبن لاحدهما مع اشتراط الشركة في الحب فسد العقد وليس كذلك لما سيأتيك انه لو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد واشتراط حكمه لا يفسده لانه مقتضاه كاشتراط الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبايع

ويحتمل ان يكون المعنى ان الفساد هنا لوكان لكان من الشرط وهذا
سكوت عنه ولكن الشرط هنا ليس بمفسد فكيف السكوت عنه
قوله لانه حكم العقد قلت بل هو حكم مالكية البذر اذ لوكان
سلامة التبن كله حكم العقد لكان اشتراط الشركة فيه على خلاف
حكمه واشتراط خلاف حكم العقد مفسد له واشتراطه في التبن
مع اشتراطه في الحب ليس بمفسد فكانه اراد بحكم العقد ما ثبت بلا
شرط كانه قال لانه ثبت له بلا شرط فكان الاشتراط في حقه كعدمه
فصار كانه لم يشترط قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا
يستحق غيره فان قيل يشكل بما اذا استاجر رجلا بعين فعمل الاجير
وهلكت الاجرة قبل التسليم يجب على المستاجر اجر المثل فينبغي
ان يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر المسمى بمنزلة
الاجرة العين وقد هلك قبل التسليم وانما قلنا الاجر المسمى
كالاجرة العين لانه لو اراد ان يعطي الخارج من ارض اخر لا يجوز قلت
انما يلحق الاجر المسمى هنا بالاجرة العين في حق وجوب الاجرة ان لو كان
هنا في الهلاك كهو وليس كذلك اذ الاجر العين هناك هلك قبل
التسليم وهنا هلك بعده لان المزارع قبض البذر والذي يتفرع منه
الخارج وقبض الاصل قبض الفرع فيصير كالقابض للاجر من هذا الوجه
والاجر العين اذا هلك بعد التسليم لا يجب شيء اخر فكذا ههنا
كذا في الشرح وقد يقال قوله والاجر مسمى فلا يستحق غيره معناه
اذا كانت التسمية صحيحة باقية اما اذا فسدت التسمية بفساد العقد
وانفسخت بانفساخه فحينئذ يستحق غيره وهو المثل دفعا للضرر لانه
لم يرض بعمله مجانا والاجرة العين اذا هلكت قبل التسليم ينفسخ العقد
صرح به الشارح في فصل بيع المبيع قبل القبض وبانفساخ العقد
ينفسخ التسمية فيستحق اجر المثل ضرورة انه لم يرض بعمله مجانا وفي مسئلة
المزارعة التسمية باقية على الصحة اذ المزارعة لا تفسد ولا تنفسخ
اذا لم يخرج الارض شيئا فلا يستحق غير المسمى مع بقاء التسمية لان
المنافع انما تتقوم بالعقد وهي انما قومت بالخارج فاذا انعدم
لم يجب شيء فاما ما قيل ان المسمى هنا بمنزلة الاجرة العين وقد هلك
قبل التسليم فنقول لا نسلم ان المسمى هنا هلك كيف والهلاك يعتمد
سبق الوجود والمسمى هنا بعض الخارج وهو معدوم للحال وقد رضي
الموجر به فلا يستحق غيره وذلك ان الرضاء بمعدوم على خطر الوجود

رضاء باستيفاء منافعه مجانا على تقدير عدم الوجود بخلاف ما اذا
كان الاجرة عينا معينا وهلك قبل التسليم لانه لم يرض بمنافعه الا بها
فاذا لم يسلم لها بالهلاك يستحق اجر المثل لدفع الضرر عنه ثم ما ذكر
الشارح من الجواب فهو غير مطرد فيما اذا كان الارض لواحد والباقي
للاخر الا ان يحمل رب الارض قابضا له باتصاله بارضه قوله وقال
محمد رح له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل له فان قلت مقتضى هذا التعليل ان تجب
اجر المثل بالغا ما بلغ في جميع الاجارات الفاسدة ومحمد رح لا يقول
به اجيب بان معناه انه استوفى منافعه بعقد فاسد والمسمى غير معلوم
فلا يصح الحط فيجب عليه قيمتها بالغا ما بلغ كما اذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب الاجر هناك بالغا ما بلغ عند محمد رح بعلة ان المسمى غير معلوم
فلم يصح الحط قوله وقد مر في الاجارات اي قد مر هذا الاختلاف
مع محمد رح في كتاب الاجارات في مسئلة الاشتراك في الاحتطاب فان
هناك يجب الاجر عند محمد بالغا ما بلغ لان المسمى غير معلوم فلم يصح
الحط وقال ابو يوسف لا يجاوز به النصف من ذلك وليس المراد
بقوله وقد مر في الاجارات هو انه مر اختلاف بيننا وبينه في الاجارات
الفاسدة هل يجب الاجر بالغا ما بلغ حتى يرد ما قال الشارح ان في هذه
الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في كتاب الاجارات اذا استاجر رجل
حمارا ليحمل بقفيز منه فالاجارة فاسدة ولا يجاوز بالاجرة قفيزا لانه
لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي
بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب
الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط
فبهذا يعلم ان عند محمد رح لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات
الفاسدة ثم ذكر ههنا وقال محمد رح له اجر مثل بالغا ما بلغ الحوالة وقال
وقد مر في الاجارات وذلك يدل على ان مذهبه في جميع الاجارات
الفاسدة ان يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك ثم لفظه ووجه
عدم الورود على ما ذكرنا من المعنى ظاهر قوله لم يجبر عليه لانه لا يمكنه
المضي في العقد عليه الا بضرر يلزمه قلت قال في كتاب البيع الفاسد
وجزع في سقف وذراع من ثوب لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فقد
علل فساد البيع هناك بضرر يلزمه في المضي على العقد وعلل به هنا
عدم الجبر على المضي واثبات خيار الفسخ لمن يلحقه الضرر وبينهما نوع تناف

قوله قيل في هذا الحكم اشارة الى قوله لا شئ له في عمل الكراب قوله فاما
فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك لانه
انما اشتغل باقامة هذا العمل ليحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ
الارض منه فقد غره والغرور مدفوع كذا في الكافي وفيه نظر
لان اجر مثل العمل في هذه الصورة اذا وجب ديانة لدفع الغرور وجب
قضاء ايضا اذ الضمان لدفع الغرور كما يجب ديانة يجب قضاء
ايضا الا يرى انه لو اعار ارضا ليبني او ليغرس فيها ووقت فان رجع
في العارية قبل الوقت صح رجوعه وكلف بقلع البناء والغرس
وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع وعلله في الكتاب بقوله
لانه اي المستعير مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء
بالعهد فيرجع عليه دفعا للغرور قضاء فلو كان ضمان اجر مثل دفعا للضرر عن نفسه هذا كلامه فقد اوجب نقصان البناء والغرس صح
العامل في هذه لدفع الغرور لوجب قضاء كما يجب الضمان قضاء
في مسئلة العارية وجوابه ان دفع ضرر التغرير وان كان
يوجب الضمان قضاء عند الامتناع عن المضي في العقد فلحوق الضرر
لرب الارض باتلاف بذره في الحال فيما اذا كان البذر له وقد كرب
العامل فيها اذا اوجبنا عليه المضي في العقد يقتضي ان لا يجب
عليه شئ للعامل لانه دافع للضرر عن نفسه فدار بين ان يجب وان
لا يجب فقلنا بوجوبه ديانة لا قضاء عملا بالوجهين اعني دفع الضرر
عن نفسه والزام الضرر على الغير بالتغرير جميعا ولا يمكن العكس
لاستحالة ان يجب الشئ قضاء ولا يجب ديانة لان ما يجب بالقضاء
يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى البتة بخلاف مسئلة العارية
حيث لا ضرر للمعير اذا لم يرجع في العارية فتعين رجوعه اضرارا
للمستعير بالتوقيت فيضمن قضاء قوله وهي مما قومت بالخارج قلت
بخلاف ما اذا فسدت ولم يخرج الارض شيئا لان المنافع فيه قومت
باجر المثل لا بالخارج على ما مر في الرطبة بخلاف النخيل فانه لو فسد
بقوله دفعها معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق عن ذلك
فهو جائز فيقع المعاملة على اول ثمر يخرج في تلك السنة الى هذا اشار
ابو البشر كذا في الشرح وبهذا يندفع التناقض حيث نص اولا بان
بيان المدة في المعاملة ليس بشرط ويقع على اول الثمر في النخيل والرطبة
جميعا وذكر هنا ما يشير الى بطلان المعاملة في النخيل والرطبة عند
عدم بيان المدة وحاصله ان المذكور آخرا محمول على ما اذا قال حتى يذهب اصولها

وينقطع

وينقطع نباتها وقوله واطلق في الرطبة محمول على ما اذا لم لها اجزة معلومة
ولا بد من الحمل على هذا وان كان خلاف الظاهر جدا ولكن يشكل الفرق
بين دفع النخيل حتى يذهب اصولها وبين اجارة الدار للسكنى كل شهر
بدرهم حيث يصح الاجارة في اول الشهور فقياس مسئلة الاجارة يقتضي
ان يقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتى يذهب اصولها على اول السنة
لان قوله حتى يذهب اصولها في قوة قولنا كل سنة قوله كان على المزا رع
اجر مثله الى ان يستحصد وقد يشكل بما مر من قوله ومن استاجر
رجلا يحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب له الاجر لانه ما من جزء يحمله الا
وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه هذا كلامه ووجه
الاشكال ان الزرع مشترك بينهما فما من جزء من الارض الا وهو
مشغول بحق صاحب الارض وانه ينافي تسليم المعقود عليه والاجر
لا يجب الا بالتسليم الا ان يقال القياس ان لا يجب اجر المثل على العامل
لانا اوجبناه على خلاف القياس تعديلا للنظر من الجانبين قوله
فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية
له عليه وذكر الامام التمرتاشي ان كل من اجبر على ان يفعل مع شريكه
فاذا فعل احدهما بغير امر الآخر فمتطوع لان له طريقا وهو المطالبة
كنهر بينهما امتنع احدهما من الكرى فكرى الآخر وسفينة يخاف من الغرق
وهو حمام او طاحونة بعيب فاصلحه احدهما او عبد جنى ففدى احدهما
فهو متطوع لانه يجبر الآخر وان لم يجبر فلا يكون متطوعا كعلو لرجل
وسفل لآخر فسقطا لا يجبر صاحب السفل على البناء فان بنى الآخر
لا يكون متطوعا لانه ليس له ولاية الجبر ولا يمكن من الانتفاع بحقه الا
ببناء السفل فكان مضطرا في بنائه فلا يكون متطوعا كذا في الشرح
في مسائل شتى من كتاب ادب القاضي ثم التعليل بقوله لانه لا ولاية
له عليه غير كاف لجواز ان لا يكون له على صاحبه ولاية ولا يكون متبرعا
كما ذكرنا من الصورة التي لا يجبر على ان يفعل مع شريكه فالصواب
ان يضم مقدمة اخرى ويقول لانه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر الى الا نفاق
ايضا لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي قوله لان ابقاء العقد بعد وجود
المنهي كانه اراد الابقاء صورة والا فقد نص اولا ان العقد هنا
لا يبقى حتى يجب العمل عليهما ولو كان باقيا لوجب على العامل خاصة قوله
ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع هذا اذا كانت المدة
قد انتهت عند استحصاد الزرع بان كانت سنة ومضت السنة فاما

اذا كانت المدة سنين فوجد انتهاء العقد ان المزارعة كالاجارة او انها
عقود متجددة فينتهي العقد بالنسبة الى ذرع قد ادرك وان كانت
باقية الى ذرع آخر والله اعلم

كتاب المساقات

قوله بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا
والانتهاء بناء عليه فيدخل الجهالة ويشكل بان بيان جنس البذر شرط
في المزارعة ولا يخفى ان اوان الزرع في كل جنس من البذر متعارف
فيما بينهم في كل بلدة لا سيما في ديارنا ولادراكها ايضا وقت معلوم
فلا يتداخل الجهالة فينبغي ان يصح المزارعة بلا بيان المدة ايضا ويقع
على اول الزرع كما روى ذلك عن محمد بن سلمة رضي الله عنه وبه
اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله الا ان شيخ الاسلام ذكر في اول المزارعة
ان اشتراط بيان جنس البذر قياس وفي الاستحسان بيان ما تزرع
في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم يفوض بعد ان نص
على المزارعة فعلى هذا لا اشكال قوله وبخلاف ما اذا دفع اليه
نخلا واصول رطبة على ان يقوم عليها اي حتى يذهب اصولها وينقطع
نباتها اي حينئذ لا يجوز اما اذا دفع النخيل واصول الرطبة على ان
يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان الرطبة جزة معلومة
يقع المعاملة في النخيل على اول ثمرة تخرج وفي الرطبة على اول جزة
تخرج اما اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فلا يجوز سواء قيد بذهاب
اصولها او اطلق او لم يذكر شيئا لان في كل منهما جهالة المدة في الرطبة
بخلاف النخيل فانه لو قيد بقوله دفعها معاملة الى ان يذهب اصولها
فلا يجوز وان اطلق عن ذلك فهو جائز فيقع المعاملة على اول ثمر
يخرج في تلك السنة الى هذا اشار ابو البشر كذا في الشرح وبهذا
يندفع التناقض حيث نص اولا بان بيان المدة في المعاملة ليس بشرط
ويقع على اول التمر في النخيل والرطبة جميعا وذكر هنا ما يشير الى بطلان
المعاملة في النخيل والرطبة عند عدم بيان المدة وحاصله ان
المذكور اخرا محمول على ما اذا قال حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها
وقوله او اطلق في الرطبة محمول على ما اذا لم يكن لها جزة معلومة ولا
بد من الحمل على هذا وان كان خلاف الظاهر جدا ولكن يشكل الفرق
بين دفع النخيل حتى يذهب اصولها وبين اجارة الدار للسكنى
كل شهر بدرهم حيث يصح الاجارة في اول الشهور فقياس مسئلة الاجارة
يقتضي ان يقع المعاملة اذا دفع الاشجار حتى يذهب اصولها

على اول

على اول السنة لان قوله حتى يذهب اصولها في قوة قولنا كل سنة قوله فجهلت
المدة قلت نعم ولكن هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا يضر قوله
ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان يكون معلولة قلت نعم ولكن لا يعلل
النص الا اذا كانت معقولة المعنى والنص الوارد في المعاملة والمزارعة
غير معقولة لما انه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان
قوله وللغارس قيمة غرسه واجر مثله قلت القول بان له اجر مثله
اي مثل عمله مشكل لان الغرس لما سلم للغارس حتى استحق قيمته على رب
الارض وقع عمله كله لنفسه والمرء لا يستحق الاجر فيما يعمل لنفسه بخلاف المزارعة
اذا فسدت والبذر لرب الارض حيث يجب للعامل اجر مثله لانه سلم الخارج
لرب الارض لانه نماء ملكه فيقع عمله لرب الارض ولم يرض به مجانا فيستحق اجر
المثل وجوابه انه انما يشكل لو كان الواجب على رب الارض قيمته يوم الاداء
حيث يقع على العامل حينئذ كله في غرس نفسه اما لو كان الواجب عليه
قيمته يوم الاغلاق لان الموجب لها انما هو تعذر الرد وانه حاصل بالاتصال
بالارض وانه يتصل بارضه كما انغلق فيملكه رب الارض من وقت الاتصال
فيقع عمل العامل بعد ذلك في غراس رب الارض وبنا طمعه اجرا ولم يسلم
له لفساد العقد فيستحق اجر المثل فلا اشكال ولكن لقائل ان يقول
ان الموجب للقيمة انما هو تعذر الرد بعد وجوبه والرد انما يجب
عند قبض الارض من العامل لانها ما دامت في يد العامل كان
الغراس المتصل بها في يده ايضا والرد يستدعي ان يكون الغراس
في يد رب الارض فينبغي ان يجب عليه قيمته يوم قبض البستان ومتى
استحق العامل قيمة الغراس يوم قبض البستان كان الغراس للغارس
الى حين قبضه فيكون عمله واقعا لنفسه فلا يستحق الاجر على غيره قوله
لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف
البستان فيفسد كما لو استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان
نصف المصبوغ للصباغ ولا يقال التعليل بكونه في معنى قفيز الطحان
يعم جميع صور المزارعة والمساقات اذ ما من معاملة او مزارعة
الا وهو استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان
فينبغي ان يفسد كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله لانا نقول القياس
يقتضي كذلك الا انا جوزنا المزارعة والمعاملة بالنص ولا نص
في مثل هذه الصورة فبقي على القياس قوله وتعذر رد الغراس
لاتصالها بالارض مشكل اذ الاتصال بالارض لا يوجب تعذر الرد

الا يرى ان الغاصب لو بنى او غرس في الارض المغصوبة لا يجبر المالك
على اداء قيمة البناء والغرس بل يقال للغاصب اقلع البناء والغرس
وسلم الارض الا اذا كان في القلع ضرر لرب الارض فحينئذ يكون له
ان يعطي قيمة البناء والغرس ويكونان له ولا يمكن حمله على ما اذا انتقص
الارض بالقلع لان لفظ الكتاب ياباه لانه يقتضي ان يكون للغارس
جبر رب الارض على اداء القيمة وفي صورة الانتقاص الخيار في اداء
القيمة لرب الارض لا للغارس فليتامل

كتاب الذبائح

اورد الذبائح بعد المزارعة لمناسبة بينهما وهي ان الذبح يحصل
المقصود وهو الانتفاع باللحم في المآل مع اتلاف الموجود في الحال
وهو ازهاق الروح كالزراعة يحصل المقصود هو الانتفاع بالخارج
في المآل مع اتلاف القدر الموجود في الحال وايضا الزراعة لتحصيل
الخبز والذبح لتحصيل اللحم وهما متلازمان لجريان العادة باكل
الخبز مع اللحم قوله الذكوة شرط حل الذبيحة اي حل الحيوان الذي هو
المأكول والا فلا معنى لاشتراط الذبح لحل الذبيحة قوله ولان به
يتميز الدم النجس عن اللحم الطاهر يعني ان طهارة اللحم شرط لحله ولا طهارة
عن الدم النجس الا بالذبح فيشترط الذبح للحل لا يقال لجاز ان يطهر
بالذبح ولا يحل اكله فان ما لا يؤكل من الحيوان يطهر بالذبح ولا يحل
اكله لان الطهارة شرط الحل لا علته فجاز ان يوجد الطهارة ولا يوجد
الحل ولكن لا يحل الا بالطهارة فكل حلال يجب ان يكون طاهرا
وليس كل طاهر حلالا قوله وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة
في المأكول وغيره قلت الذكوة شرط الحل وعلة الطهارة لان
كل ذبح يوجب الطهارة عن الدم ولا يوجب الحل ولكن انما يحل الحل
الا بالذكوة فيكون الذكوة موجبا للطهارة عن الدم وشرطا للحل
وقوله كما يثبت به الحل يثبت به الطهارة يقتضي ان يكون الذبح علة
للحل كما هو علة للطهارة عن الدم قوله ذكوة الارض يبسها ظاهره
يقتضي حصر الذكوة اي ما ذكوتها الا يبسها وليس كذلك فان الارض
تطهر بالماء ايضا وعن هذا قيل الكلام على القلب اي يبسها ذكوتها
فيفيد حصر المبتدا وهو اليبس على الذكوة اي ما يبسها الا ذكوتها قوله
وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم
وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح اذ
لو حمل على ما سواها لم يكن لتخصيص اهل الكتاب معنى ثم قوله لما تلونا

تعليل

تعليل في حق المسلم قوله ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل
تعليل في حق اهل الكتاب على اللف والنشر قوله وهذا لان الذكوة
نهل مشروع وهذا الصنع محرم فلم يكن ذكوة يعني ان الذبح المشروع
يكون سببا بالنصوص بخلاف القياس لان بالذبح لا يتيقن بخروج
كل الدم النجس ليتميز الخبيث من الطيب وهو المحلل في الحقيقة الا ان الشرع
اقام الذبح المشروع مقام خروج الدم النجس تيسيرا ولهذا لو ذبح ولم يسل
حل اكله فيبقى ما لم يكن مشروعا على اصل القياس فينعدم الحل عند انعدام
مشروعية الذبح فان قلت ذبح المغصوبة او الذبح بالسكين المغصوبة
غير مشروع مع انه يوجب حل المذبوح اجيب بان ذبح المغصوبة
او الذبح بالسكين المغصوبة انما حرم بمعنى منفصل عن الذبح وهو التصرف
في ملك الغير بلا رضاه فاما هو في نفسه فمشروع بخلاف ذبح المحرم
الصيد او ذبح الحلال صيد الحرم فانه انما حرم من حيث انه تعرض
للصيد وهذا المعنى ذاتي لا ينفك عن الذبح لاستحالة الذبح بلا تعرض
للمذبوح قوله وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع الظاهر
ان هذا الاجماع لم يكن بتنصيص الكل بل بتنصيص البعض وسكوت
الباقي ومثله ليس باجماع عند الشافعي رح قوله قال الذبح بين الحلق
واللبة وفي المبسوط الذكوة ما بين اللبة واللحيين وفيه دليل على ان
اعلى الحلق واوسطه واسفله في ذلك سواء لان الكل في المعنى المطلق
بالذكوة سواء قوله وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله
اوسطه واسفله واعلاه وانما اعاد لفظ الجامع لان بين رواية
المبسوط والجامع الصغير اختلافا من حيث الظاهر لان رواية
المبسوط يقتضي الحل فيما اذا وقع الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه
وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين ورواية الجامع الصغير
يقتضي ان لا يحل لان على روايته محل الذبح الحلق فلما وقع الذبح قبل
العقدة لم يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز فكانت رواية الجامع الصغير
مقيدة لاطلاق رواية المبسوط بان اطلاق قوله الذكوة ما بين اللبة
واللحيين مقيد وهو ان يقع الذكوة في الحلق بعد ان يكون ما بين اللبة
واللحيين كذا في الشرح وهنا شبهتان احديهما ان ما ذكر في الجامع
ان كان يخالف رواية المبسوط ظاهرا على ما ذكر الشارح فهو لا يخالف
لفظ القدوري على ما ذكر المصنف حيث قال الذكوة بين الحلق واللبة
ولم يقل بين اللبة واللحيين حتى يكون رواية الجامع مخالفة له

فالفائدة المذكورة لاعادة لفظ الجامع غير مستقيم لان المصنف رح
لم يذكر لفظ الجامع بمقابلة رواية المبسوط حتى يكون ذكره لبيان
المخالفة بل ذكره بمقابلة رواية القدوري ولا مخالفة بينهما فالاولى
ان يقال انما اعاد لفظ الجامع لان ما ذكره القدوري من قوله
الذكوة بين الحلق واللبة ظاهره يقتضي ان لا يكون الحلق محل الذبح
بل محله الموضع الذي بينه وبين اللبة فبينه بايراد لفظ الجامع المفسر
لكون الحلق محل الذبح على ان المراد بقوله الذبح بين الحلق واللبة
اي بين ما فوق الحلق واللبة وهو الحلق كله والثانية ان التعليل
الذي ذكره المصنف رح بقوله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة
ما بين اللبة واللحيين يدل على ان الذبح لو وقع قبل العقدة جاز لانه
وما ذكر في المصحح من قوله الذكوة بين الحلق واللبة او قوله لا باس
بالذبح في الحلق كله يقتضي ان لا يحل لو وقع الذبح قبل العقدة لان
ما قبل العقدة ليس من الحلق على ما اشار اليه الشارح بقوله فلما
وقع الذبح قبل العقد لم يكن الحلق محل الذبح فالتعليل مخالف للمدعى
اللهم الا ان يفسر الحلق بما بين اللبة واللحيين كما وقع في بعض الحواشي
فح يوافق مقتضى الحديث ويدل على الحل اذا وقع الذبح قبل العقدة
كما روي عن الامام الرستغني رح حيث سئل عن ذبح شاة فبقيت
عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس قال
هذا قول العوام من الناس وليس بمعتبر بل تؤكل بقيت العقدة مما
يلي الراس ومما يلي الصدر لان المعتبر قطع اكثر الاوداج وقد وجد
قال في الشرح وشيخي كان يفتي بهذه الرواية وكان يقول الامام
الرستغني هذا رح امام معتمد في القول والعمل ولو اخذنا يوم القيمة
بسبب العمل بهذه الرواية نحن نأخذه ايضا بما اخذنا والله اعلم **قوله**
لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلثة
فيتناول المرى والودجين **فان قلت** الجمع المحلى باللام يراد به الجنس
في موضعي النفي والاثبات نحو قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقوله
عليه السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
قلت قد يراد به الجمع على حقيقته ايضا كما في قوله تعالى علي ما في يدي
من الدراهم وكذلك في الاقرار والوصية فلما كان الامر كذلك اي
يراد به الجمع مرة والاقل اخرى حمل على الجمع هنا احتياطا وفي موضع حرمة
من اليمين وغيره الاحتياط في العمل بالاقل وكذلك في شهادة النساء

في الموضع

في الموضع الذي لا يستطيع الرجال النظر اليه الاحتياط في قلة النظر
فيحمل على الاقل ولان هذا الجمع وهو الاوداج على طريق التغليب للحلقوم
والمرى والودجين فلم يكن نظير ساير الجموع من العبيد والنساء لما
ان افرادها ليست بمتحدة فكان كل واحد منها مرادا عند دخول الالف
واللام بخلاف ساير الجموع كذا في الشرح **وفيه نظر** لان الاحتياط
لو كان في قلة النظر لما كان الاثنان او الثلث في شهادة النساء
احوط وقد مر في الشهادات ان المثنى والثلث احوط في شهادتهن
لما فيه من معنى الالزام فكان ينبغي ان يحمل على الجمع احتياطا توضيحه ان
ما ذكر الشارح من الاحتياط في قلة النظر يقتضي ان يحمل على الاقل
وما ذكرنا من الاحتياط في العدد ولما فيه من معنى الالزام يقتضي
ان يراد به الجمع ومقتضى اللفظ هو الجمع فينبغي ان لا يترك مقتضاه
بالشك وايضا ما ذكر من التفرقة بين ما هو جمع على سبيل التغليب
وما هو جمع على الحقيقة نحو النساء مما لا يعقل له معنى اذ الدليل المذكور
في الاصول لبطلان معنى الجمع بدخول اللام لا يفرق بين جميع وجمع
فقد ذكر في البزدوي ان هذا النوع اي الجمع المعرف يصير مجازا
عن الجنس اي عبارة عنه اذا دخل لام المعرفة لان لام المعرفة للعهد
ولا عهد في اقسام الجمع فجعل للجنس ليستقيم تعريفه وفيه معنى الجمع
ايضا لان كل جنس يتضمن الجمع فكان فيه عمل بالوصفين ولو حمل
على حقيقة بطل حكم اللام فصار الجنس اولى بهذا اللفظ ثم جاز ان
يقال اللام في قوله افر الاوداج ان كان للجنس وهو ان كان يتناول
الاقل فهو يحتمل الكل ايضا وهنا حمل على الكل بدلالة ان المقصود
من فري الاوداج اخراج الدم النجس وميزه عن اللحم الطاهر وهذا
المقصود لا يتاتى الا بارادة كل الجنس وهو الودجان والمرى ولكن
المصنف رحمة الله عليه تساهل في العبارة لما لم يختلف الجواب
هنا في ارادة الجنس وفي حمله على الجمع فقال وهي اسم واقله
الثلث الذي ثم الاظهر ان يقال في تقرير ما في الكتاب ان اللام
في قوله عليه السلام افر الاوداج لا يمكن ان يجعل للعهد لعدم المعهود
ولا للجنس المبطل لمعنى الجمع يكون التقدير افر الودج اما ان الفرد
الحقيقي او الحكمي لا سبيل الى واحد منهما اذ الحقيقي وهو احد الودجين
والحكمي وهما الودجان لا يحصل بقطع ما هو المقصود من انهار الدم
وازهاق الروح الى جعل اللام زايدة كانه قال افر اوداجا فلا بد

من رعاية معنى الجمع واقله ثلث والودج فردان لا غير فلا بد وان يضم معهما فرد
اخر تحقيقا لمعنى الجمع غير ان المرى اشبهه بالودج من الحلقوم فاعتبر من الاوداج
تغليبا ولما صار المراد به الثلثة يوجب قطعها عبارة وقطع الحلقوم اقتضاء
لان قطع الثلثة المذكورة لا يمكن الا بقطع الحلقوم **قوله** فانه اى الحلقوم
مجرى العلق والماء والمرى مجرى النفس هكذا ذكر في المرى را، كذ رأيت وان
ولما كان الحلقوم المرى مجرى الطعام والشراب كان الحلقوم مجرى النفس
ويؤيده قوله تعالى حتى اذا بلغت الحلقوم والله اعلم **قوله** والتوجه بالمهاملة
الاسراع **قوله** لان الاكثر اى الاكثر في موضع الاحتياط والمراد الاكثر
الحكمى وهو النصف له حكم الاكثر موضع الاحتياط والمراد الاكثر من جملة
المشروط وهو الثلث **قوله** وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه اى انما يدخل
لانه لو لم يدخل يكون في معنى المستثنى واستثناء الجنين يفسد بيع الام
كذا في الشاهان **وفيه نظر** لما مر في المزارعة ان المفسد هو الشرط اما
المسكوت عنه فليس بمفسد فالاستثناء وان كان شرطا فاسدا فهو انما
يفسد البيع اذا تكلم بالاستثناء اما لو سكت عنه فلا وان خرج الحمل عن البيع
وايضا البيع انما يفسد باستثناء الجنين لان استثناءه على خلاف موجب
العقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل
يتناول الاطراف فالاستثناء يكون على خلاف الموجب الى هذا اشير
في البيع الفاسد فعلى هذا كان دخول الجنين باعتبار انه لو لم يدخل
لفسد بالاستثناء مؤكدا لما قاله من انه جزء للام حكما فلا يصلح جوابا
لهما وايضا لو كان دخوله في البيع لما ذكر المصنف ح لا لكونه جزءا
لامه حكما لكان ينبغي ان لا يدخل في الوصية عند الايصاء بالام اذ الوصية
لا تبطل بالاستثناء **قوله** ويعتق باعتاقها لئلا ينفصل من الحرة ولد
رقيق يعني ان عتقه عند اعتاق الام بطريق السراية عن الام والسراية
مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه مزكى من الصفات الحقيقية كذا في الشاهان
قلت هذا يشكل بما اذا تزوج عبد امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة
وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه
ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا لانه اضاف الاعتاق الى جميع اجزائها
والولد جزء منها فيعتق مقصودا فلا ينتقل ولاءه الى مولى الاب وان اعتق
وكذلك اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق وان ولدت
بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر فولاءه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله
بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق

مقصودا

مقصودا فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام لان العتق هنا
في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول هكذا ذكر في كتاب الولاء فظهر ان الحمل
يعتق باعتاق الام مقصودا من حيث انه جزء من اجزائها كما قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا انه يعتق باعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق
اذ لو كان الامر كذلك لكان عتق الولد بطريق التبعية فيما اذا اعتق حاملا
وولدت لاقل من ستة اشهر فينبغي ان ينتقل ولاء الولد الى مولى الاب
ان اعتق كما ينتقل فيما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر والمسئلة بخلافه
كما ذكرنا والله اعلم ثم ذكر في الكافي والمراد بالحديث التشبيه لا النيابة
اى ذكوة الجنين كذكوة امه كقوله تعالى عيناك عيناها وخدك خدها ولو
كان المراد ما يقولون لقال ذكوة الام ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير
لسان الامير هذا كلامه **قلت** وهذا التاويل يرده ما ذكر في المصابيح
عن ابي سعيد الخدري قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقر
والشاة فنجد في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله قال كلوه ان شئتم فان
ذكاته مثل ذكوة امه ومن رادنا ويل هذا الحديث بان المراد كلوه بعد ذكوة
فان ذكوته ذكوة امه في افادة الحل فقد تعسف **فصل فيما يحل
اكله وما لا يحل قوله** وقوله من السبع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما
مشكل لانه انما يجب الصرف الى النوعين اذا لم يكن النوع الاول مبينا
ببيان على حدة وهنا قد خص كل نوع ببيان حيث قال في الاول من الطيور
وفي الثاني من السباع كما لو اتى بجملتين وذكر لكل منهما شرطا على حدة
بان قال عمرة طالق ان دخلت الدار وبكرة طالق ان دخلت البستان ففي مثله
لا ينصرف الشرط الثاني الى الجملتين فكذا هنا وذلك لانه انما ينصرف البيان
الى النوعين لاحتياجه الى البيان فاذا كان الاول مختصا ببيان لا يحتاج الى البيان
ثانيا فلا ينصرف البيان الثاني اليهما لعدم حاجة الاول الى البيان **قوله**
والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة الفرق بين الاختطاف
والانتهاب بان الاختطاف فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع
غير الطيور ولما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين فسر السبع بهذين
الوصفين كذا في الشرح **قلت** لو كان المقصود بذكر هذين الوصفين
ادخال كلا قسمي السبع لما جمع بين الوصفين بقوله كل مختطف منتهب
لان ذلك يشعر بان هذين الوصفين شرط لتحقق السبعية وليس كذلك
بل المختطف غير المنتهب سبع وكذا المنتهب غير المختطف فالصواب ح
ان يقول السبع كل جارح قاتل عاد عادة مختطفا او منتهبا **قوله**

ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بنى آدم ويقال لو كان كذلك لكان حراما
فى الازمنة كلها اذ الآدمى مكرم فى جميع الازمنة وقد مر فى اول الكتاب
ان اكل السبع كان حلالا ثم حرم وايضا لو كان النهى للتكريم لكان لنا
فيلزم ان يكون النهى للتنزيه اذ لو كان للتحريم لصار النهى علينا فيعود على موضوعه
بالنقض الا ان يقال ان تكريم الآدمى ثبت حقا لله تعالى ايضا اذ الآدمى
بنيان الرب ولهذا لو رضى الانسان بما فيه استهانته لم تحل **قوله** والفيل
ذو ناب فيكره **قلت** المكروه انما هو ذو ناب يصيد بنابه لا كل ذو ناب
فان الابل له ناب ولكنه لا يصيد به والفيل ايضا لا يصيد بنابه فيجب
ان لا يكره وجوابه انه وان كان لا يصيد الحيوان ليأكل فهو يقتل الحيوان
بنابه وعادته القتل ولا يعنى بصيد الحيوان سوى قتله بناب او مخلب
والفيل كذلك ولكن يشكل الفرق بين الفيل والجاموس الوحشى فانه
ايضا يعتاد قتل الآدمى وغيره فكان الجاموس لا يقتل بالطبع وانما يقتل
لعدم الانس حتى اذا استأنس لا يقتل وهو دافع وليس بمبتدئ الاذى
بخلاف الفيل فانه مطبوع على البداية بالاذى فافترقا **قوله** الرخم والبغاث
فى الصراح رخمه بفتحتين مرغ مردار خوار والبغاث بثلث لغات
نوعى از مردار خوار قال الشاعر بمشى رداءه مترقلا ان البغاث
بارضنا تستنسر الترفل التبختر خراميدن ودامن كشان رفتن **قوله** الغداف
بالغين المعجمة والدال المهملة والفاء زاغ سياه وكركس بزنالك **قوله**
والزنبور من المؤذيات حتى كنت اظن ان العقرب اشد لسعة من الزنبور
فاذا هو اباها **قوله** ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما ولان
فى اباحته تقليل الجهاد مشكل لما مر فى كتاب الوقف من قوله والكراع الخيل
ويدخل فى حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها هذا لفظه ففيه ان
الابل ايضا آلة الجهاد فيجب ان يكره اكله احتراما واحترازا عن تقليل آلة
الجهاد الا ان يقال الخيل آلة الجهاد فى جميع البلدان والاماكن فاما
الابل فهو آلة الجهاد للعرب خاصة **قوله** ولنا ان الذكوة مؤثرة فى ازالة
الرطوبات النجسة والدماء السيالة وهى النجسة دون ذات اللحم والجلد فاذا
زالت طهرت كما فى الدباغ **وفيه بحث** لما مر فى فصل الاسآر من كتاب
الطهارة ان سؤر سباع البهايم نجس عندنا فلو كان لحمه طاهرا فى ذاته
كما اشار اليه هناك لما كان سؤره نجسا اذ السؤر معتبر باللحم طهارة
ونجاسة ثم المصنف رحمه الله علل نجاسة سؤر سباع البهايم بقوله لان لحمها نجس
ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر فى الباب فهناك صرح بنجاسة اللحم

وهنا

وهنا صرح بان النجس هى الدماء السيالة دون اللحم وهو تناقض وقد يفرق
بين السباع والمأكولات ان الرطوبات فى المأكولات طاهرة باعتبار طهارة
اغذيتها وفى السباع نجسة باعتبار نجاسة ما يتغذى بها فيكون لحم المأكولات
طاهرة لعدم اختلاطها بالرطوبات النجسة فكان سؤر المأكولات طاهرا
لنشوها من اللحم الطاهر وسؤر السباع البهايم نجسة لتفرعها من اللحم النجس
وبهذا يظهر وجه التوفيق بين كلاميه فتأمل **قوله** فى اباحتهما وله فى اباحة
الضبع ما روى ان جابرا رضى الله عنه سئل عن الضبع اصيد هو قال نعم
فقيل ايؤكل لحمه قال نعم فقيل اشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال نعم وجوابه انه معارض بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن اكل كل ذى ناب من السباع والضبع ذو ناب من السباع والمحرم
مع المحرم اذا اجتمعا رجح المحرم احتياطا او حديث جابر محمول على ما قبل
تحريم السباع واما الضب فلما سيأتيك من حديث جابر على ما نذكر **قوله**
واما الضب فلما روى عن عايشة رضى الله عنها انه اهدى لها ضب فسألت
رسول الله عليه السلام عن اكله فكرهه فجاء سائل فارادت ان تطعمه اياه
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتطعمين ما لا تأكلين وللخصم ان يقول
المراد بالكراهة كراهة طبيعية بدليل ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه
ان خالد بن الوليد اخبره انه دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على ميمونة
وهى خالته فوجد عندها ضبا محنوذا فقدمت الضب لرسول الله
عليه السلام فرفع رسول الله عليه السلام يده عن الضب فقال خالد
احرام الضب يا رسول الله قال لا ولكن لم يكن بارض قومى فاجدنى
اعافه قال خالد فاجتررته فاكلته ورسول الله ينظر الى وعن ابن عمر
قال النبى صلى الله عليه وسلم الضب كنت آكله ولا احرمه وما روى
عن عبد الرحمن بن رشد ان النبى عليه السلام نهى عن اكل لحم الضب
محمول على نهى التنزيه ردا للمحتمل على المحكم وانما يرجح المحرم عند تساوى
الدليلين فى القوة وكذا ما روى عن ابن عمر قال قال رسول الله عليه السلام
وددت ان عندى خبزة بيضاء من برة سمراء ملبقة اى مخلوطة اشد
الخلط بسمن ولبن فقام رجل من القوم فاتخذه فجاء به فقال فى اى شئ
كان هذا قال فى عكة ضب وعاء يتخذ من جلده قال ارفعه **قوله** والصيد
المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد يدل عليه قوله فى مقابلته وحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما اذ المحرم على المحرم انما هو اصطياد صيد البر
لا نفس صيد البر حتى انه لو لم يتعرض الصيد بشئ حل له اكله فيكون المعنى

احل لكم الاصطياد فی البحر وحرم عليكم الاصطياد فی البر ما دمتم
محرمين ولو اريد به الصيد فلا تمسك له فيه ايضا اذ المراد باحل
حل الانتفاع لاجل الاكل والمعنى احل لكم الانتفاع بجميع ما يصاد
فی البحر واحل لكم طعامه ای الماكول منه خاصة وقوله وطعامه من اظهر
الدلايل على ان جميع ما فی البحر ليس بمطعوم والا لاكتفى بقوله احل
لكم صيد البحر وحيث زيد قوله وطعامه علم ان المطعوم هو البعض
وهو السمك اجماعا **قوله** وينتفع به فی غير الاكل **قلت** هذا التعميم
ليس كما ينبغی لانه كما لا ينتفع به فی الاكل لا ينتفع به فی البدن ايضا
والمسئلة ستاتيك فی الكراهة فكان الاولى ان يقول وينتفع
فی غير الاكل وغير البدن

كتاب الاضحية

قوله والتعليق
بالارادة ينافی الوجوب ممنوع فقد قالوا معنى قوله تعالى اذا قمتم
الى الصلوة اذا اردتم القيام اليه والا فالوضوء انما يجب بعد
ارادة الصلوة قبل القيام اليها مع ان القيام الى الصلوة فرض فعلم
ان التعليق بالارادة لا ينافی الوجوب **قوله** ومثل هذا الوعيد يلحق
بترك غير الواجب **قلت** بل يلحق بترك سنة هی فی قوة الواجب ايضا
نص عليه فی الكافی فی اول باب الجماعة حيث استدل على سنية الجماعة
بقوله عليه السلام لقد هممت ان امر رجلا يصلی بالناس فانظر الى اقوام
يتخلفون من الصلوة فاحرق عليهم بيوتهم ثم قال والوعيد لا يلحق الا
بترك واجب وسنة تشبهه **قوله** وذلك بالوجود ای بوجود احدهما
بالاخر اما بوجود المضاف من المضاف اليه كما فی كسب زيد او بوجود
المضاف اليه من المضاف وهنا لا يمكن ان يجعل وجود المضاف
من المضاف اليه لا حقيقة ولا اعتبارا فيجعل وجود المضاف اليه
من المضاف اعتبارا بان يجعل المضاف سببا لوجوبه المفضی الى الوجوب
قوله لان الشراء للتضحية لا يمنع البيع وفی المبسوط واذا اشترى اضحية
ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس بذلك لان بنفس الشرى لا يتعين الاضحية
قبل ان يذبحها وفی بعض الحواشی ان المسئلة فی العينی حيث لا يجب عليه عنها
فيجوز ان يبيع تلك البقرة ويشتری بقرة اخرى ويضحی بها **قوله** لان التاخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير فی حق القروی **فان قلت**
اذا كان المضحی فی السواد والاضحية فی المصر فانها لا يجوز قبل الصلوة
ولا تشاغل به عن الصلوة لعدم وجوبها على المضحی **قلت** فی هذا الوجه
ان كان لا يحتمل التشاغل به عن الصلوة فی حق المضحی فقد يحتمل فی حق النايب

الذی

الذی يذبح عنه نعم يشكل بان التاخير اذا كان واجبا لاحتمال التشاغل
به عن الصلوة كان وجوبه لمعنى فی غيره منفصل عنه ووجوب التاخير
لمعنى فی غيره منفصل لا يمنع صحة التقديم كالبيع عند الاذان لما كان
حراما لغيره ينعقد اذا باشره عنده ولا يكون فاسدا وكذبح شاة الغير
فانه يحل وان كان الذبح حراما الا ان الحرمة لمعنى فی الغير فلا يمنع الحل
وايضا هذا تعليل بمقابلة النص فلا يعتبر قال عليه السلام من ذبح
قبل ان نصلی فانما هو شاة لحم عجله لاهله وليس من النسك شیء **قوله**
وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضی
ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب وهنا بحث لما ذكر الشارح فی اول
هذا الكتاب ان التضحية انما تجب فی اخر ايام النحر حتى لو ولدت المرأة
ولدا بعد ايام النحر لا يجب الاضحية لاجله ولو مات الولد فی وسط ايام
النحر لا يجب الاضحية وكذا اذا مات من هو اهل لوجوب التضحية لان الوجوب
يتاكد فی اخر الوقت وهذا لان وقت الاضحية كوقت الصلوة من حيث
ان سبب كل منهما الوقت فيكون المعتبر فی حق وجوب الاضحية اخر وقتها
كما فی الصلوة فعلى هذا لو هلك المال قبل انقضاء ايام النحر لا يجب عليه التضحية
اصلا لانعدام شرطه وهو اليسار عند سبب الوجوب وهو اخر ايام
النحر الا يرى انه يبطل بالموت ايضا لانه يجب متاكدا ثم يسقط بهلاك
النصاب كالزكوة تجب بمضی الحول متاكدا حتى لا يبطل بالموت ثم يسقط
بهلاك النصاب فلا يكون فی معنى الزكوة بل فی معنى صدقة الفطر
من حيث ان كلا منهما لا يسقط بعد تاكد الوجوب الا يرى ان الشارح
قال ان الاضحية تجب بالقدرة الممكنة كصدقة الفطر حتى من اشترى
شاة للاضحية فی ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر فافتقر كان عليه
ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية ولو كانت القدرة
ميسرة لا شترط دوام القدرة كما فی الزكوة والعشر فيكون الاضحية
كصدقة الفطر دون الزكوة وفی صدقة الفطر يعتبر مكان المؤدی
لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى **قوله** قبل مضی ايام النحر
انما قيد بمضی ايام النحر ليكون سقوطه مضافا الى هلاك المال لانها
بعد مضی ايام النحر تسقط وان كان المال قايما لفوات التقرب كذا
فی الحاشية وفی فتاوى قاضيخان ان موسرا اشترى شاة للاضحية
فلم يضح حتى مضت ايام النحر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا
يسقط عنه الاضحية وهذا تصريح بعدم السقوط بعد مضی ايام النحر

وكذا ماذكر المصنف رح بعد هذا من قوله واذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية ايضا تصريح بانها لا تسقط بعد مضي ايام النحر والله اعلم قوله وفي الاخبار تعارض وقد يقال ماروا الشافعي رح من قوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح مفسر لمكان التاكيد بكلها وماروي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قالوا ايام النحر ثلثة نص والمفسر راجح وايضا قوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح بعبارته يقتضي ان يكون اليوم الرابع وهو الثالث عشر يوم ذبح وقولهم رضي الله عنهم ايام النحر ثلثة باشارته يقتضي ان لا يكون الثالث عشر يوم ذبح لان ذلك ثبت بضرورة التقدير بالثلث وما ثبت بالضرورة ثابت بالاشارة ولا تعارض بين العبارة والاشارة اللهم الا اذا فسر الاخبار بما روى الشافعي رح وبما ذكر في الكافي من قول النبي عليه السلام ايام النحر ثلثة اولها افضلها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم يجز التضحية بعده قوله فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل قلت قد تعارض الاخبار في وقت الظهر ولم يؤخذ فيه بالاقل المتيقن بل قال ابو حنيفة رح هناك ان وقت الظهر قد دخل بيقين وقد وقع الشك في خروجه عند صيرورة ظل كل شيء مثله ولا يخرج بالشك على ما مر في اول الكتاب وهذا يقتضي ان لا يخرج وقت الاضحية عند الشك في خروجه قوله ويجوز الذبح في لياليها اي ليالي ايام النحر ظاهره يتناول الليلة العاشرة من ذي الحجة فيوهم بجواز الذبح فيها وليس كذلك الا ان المراد بالليالي ما فوق الواحد وهما الليلتان والمصنف يتساهل في العبارة اعتمادا على ما ذكر اولا ان وقت التضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر وان التضحية قبل الصلوة غير جائزة فهذا كله يدل على عدم جواز الذبح في الليلة العاشرة قوله والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية فقيرا كان المضحي او غنيا وقوله لانها تقع واجبة او سنة دليل في حق الغني وقوله لانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها دليل في حق الفقير على طريق اللف والنشر فان قلت مامعنى فضل التضحية من التصدق في حق الغني وانها واجبة عليه قلت جاز ان يسمى الواجب بل الفرض افضل كما يقال صوم رمضان في وقته افضل من قضائه اي اكثر ثوابا منه ولا شك ان التضحية لكونها واجبة اكثر ثوابا من التصدق لكونه تطوعا قوله تصدق بها حية وفي هذه الصورة لو تصدق بقيمتها

يجوز ايضا

يجوز ايضا لان الواجب هنا تصدق بعينها والتصدق بقيمتها مثل التصدق بعينها فيما هو المقصود كذا في الذخيرة نقل الشارح قوله ويجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا لا يقال قد ذكرنا آنفا ان الشراء للتضحية لا يمنع البيع فلو كانت التضحية واجبة بالشراء بنيتها لامتنع بيعها لانا نقول ما ذكر اولا من ان البيع لا يمتنع بالشراء للتضحية محمول على الغني او على قول من يقول انها لا تجب على الفقير بالشري بنية التضحية ما لم يوجبها على نفسه فقد ذكر الزعفراني عن اصحابنا انه لا يجب لان القربة انما تلتزم بالشروع او النذر ولم يوجد واحد منهما ثم الاصل في وجوب التضحية على الفقير بالشرى بنيتها ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام او الى غيره دينارا ليشتري بها اضحية فاشترى وباعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك فقال عليه السلام بارك الله في صفقتك وامر بان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار ففيه دليل على جواز بيع الاضحية وعلى انها لزمته بمجرد النية حيث امر بالتصدق بالدينار كذا في الشاهان قلت الامر بالتصدق بالدينار لا يصلح دليلا على وجوبها بالشراء لجواز ان يكون ذلك باعتبار انها صارت بالشراء بنية التضحية معدة للقربة فكره بيعها فلما باعها امر بالتصدق بثمنها لما في بيعها من الكراهة لا لانها واجبة عليه بالشراء الا يرى انه لو باع جلد الاضحية بالدراهم يجب عليه التصدق بها لكراهة في هذا البيع مع ان التصدق بالجلد عينها لم يكن واجبا عليه قوله كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا هذا على قول زفر رح لان الجمعة عنده هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها واما على قول علمائنا الثلث فلا لان اصل الفرض عندهم هو الظهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة اللهم الا ان يقال الظهر وان كان اصلا الا انه تصور بصورة الخلف فجاز ان يسمى قضاء نظرا الى الصورة قوله والصوم بعد العجز فدية هذا يشير الى ان التصدق بالقيمة يجب خلفا عن التضحية كالفدية تجب خلفا عن الصوم وهو يخالف لما عليه ائمة الاصول فانهم صرحوا بان التصدق بالشاة او بالقيمة لا يجب باعتبار قيامه مقام التضحية بل باعتبار احتمال قيام الاضحية مقام التصدق في ايامها اذ التصدق هو المشروع في باب المال وقد عرف تحقيقه في موضعه قوله قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رح ويدل عليه مسئلة السلم وهي ما

انما يستقيم صح

اذا وجد المسلم اليه بعض رأس المال زيفا بعد ما افترقا فرده واستبدل
به الجياد في مجلس الرد فان كان المردود قليلا صح وان كان كثيرا
بطل عند ابي حنيفة رضي الله عنه والقليل عند ابي حنيفة رضي الله عنه ما دون
النصف والكثير ما فوقه وفي النصف عنه روايتان كذا في الكافي
في باب السلم **قوله** لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر
على احدكم فليذبح الجذع من الضان وهذا الحديث وان كان يدل
على جواز الجذع من الضان حالة العسرة فقوله عليه السلام نعمت الاضحية
الجذع من الضان يدل على جوازه مطلقا حالة اليسار والاعسار والمطلق
يجري على اطلاقه **قوله** والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها
هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد **وفيه
بحث** لما عرف ان سؤر البغل كسؤر الحمار وعللوه بانه من نسل الحمار
فيكون بمنزلته فقد اعتبروا جانب الفحل في حكم السؤر فليعتبر جانبه
في حكم الحل وصحة التضحية بها ايضا او يعتبر جانب الام في حكم السؤر
كما اعتبر جانبها في حكم الحل وجوابه قد ذكرنا في فصل الاسار
وفي بعض الحواشي لبعض الحذاق فان قيل هنا ينتقض بالبغل فان
امه الرمكة وسؤرها طاهر غير مشكوك ولم يتبع الام مع اصالتها
قلنا بينهما فرق وهو انه قد وجد في الرمكة ما يقتضي نجاسة سؤرها
مثل قوله والخيل والبغال لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بالاعلى ويمتن بالادنى
فانه يقتضي حرمة لحم الفرس مطلقا عن قيد الكرامة فيدل على نجاسته
ونجاسة سؤره لكن ترك نجاسة سؤره للاجماع على ان حرمته لمعنى
الكرامة فيه لكونه آلة الجهاد وهذا المعنى غير موجود في حق البغل فيكون
البغل تبعا للام التي سؤرها طاهر فيقتضي طهارة سؤره ووجود
دليل حرمة اللحم المطلق عن معنى الكرامة يقتضي نجاسته فجمعنا بين الدليلين
في سؤره وقلنا بكونه مشكوكا احتياطا اعمالا للدليل بقدر الامكان
بخلاف الشاة فانه لم يوجد فيها دليل على عدم جواز التضحية بها فافترقا
والله اعلم **قوله** الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى عن امته
على ما روينا من قبل **قلت** روى قبل بعض الحديث وهو انه عليه السلام
ضحى بكبشين املحين موجوئين ولم يرو آخر الحديث وهو انه ضحى احدهما
عن نفسه والآخر عن امته وهذه الحوالة انما تروج اذا كان قد روى
قبل انه ضحى احدهما عن نفسه والاخر عن امته فكانه اكتفى بالشهرة فان الحديث

لما كان

لما كان في غاية الشهرة نزل الشهرة منزلة الذكر **قوله** ولو باع الجلد
واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة
انقلبت الى بدله **واعترض** بانا لا نسلم ان القربة انقلبت اذ التقرب
حصل بالاراقة والصدقة بعدها تطوع محض ولئن سلم فللبدل حكم المبدل
فينبغي ان ياكل من بدله ايضا فنقول التطوع قربة ايضا فبقيت القربة في اللحم
وللبدل ان كان حكم المبدل ولكن لو فتحنا هذا الباب لا نفتح باب التمول
وانه منهي منه كذا في الحاشية وذكر في المبسوط في تعليل وجوب التصدق
بالقيمة بعد مضي ايام النحر بلا تضحية انه يتقرب بشيئين اراقة الدم
والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو الاراقة لانها لا تكون قربة
الا في مكان مخصوص وهو الحرم او زمان مخصوص وهو ايام النحر وقدر
على الاخر فياتي بما قدر عليه فهذا تصريح بانه يتقرب باللحم ايضا كما يتقرب
بالاراقة غير ان الشارع لم يعتبر معنى التقرب باللحم في حق الاكل
فبقي معتبرا في حق التمول بالبيع وغيره فاذا باعه بالدراهم فقد تموله وهو
في حق التمول قربة فينتقل معنى القربة الى البدل وهذا هو التحقيق في قوله
لان القربة انتقلت الى بدله وتوضيحه ان الاصل في ساير العبادات
المالية وهو التصدق بالمال الا ان الشرع نقل من تمليك العين والقيمة
الى الاراقة ليطيب الطعام فان الناس اضياف الله تعالى يوم العيد ومال
الصدقة يصير من الاوساخ فلا يليق بالكريم ان يضيف بالطعام الخبيث
فنقل القربة عن الشاة الى الاراقة لينتقل الخبث الى الدماء فيبقى اللحوم
طيبة فاذا كان انتقال القربة الى الاراقة بضرورة تطيب اللحم لا يظهر الانتقال
الا في الاكل فبقي في حق التمول على الاصل وهو القربة فاذا باعه تنتقل الى بدله
فيتصدق به **قوله** قلنا يحصل له مستحبان احدهما صيرورته مضحيا لما
عينه وكونه معجلا في تضحيته وهذا في حق الغني ظاهر لان التضحية بعين الشاة
المشتراة لها غير مستحق عليه بل هو مندوب اما في حق الفقير فتسميته مستحبا
مشكل لما مر ان التضحية بعين الشاة واجب عليه الا ان يقال التضحية
بعين الشاة واجب ولكن بعينها حقيقة او حكما وذلك بان اشترى
اضحية وباعها ثم اشترى مثلها او خيرا منها جاز اما التضحية بعينها حقيقة
فليس بواجب عليه بل هو مندوب اليه **قوله** ومن غصب شاة فضحى بها
ضمن قيمتها وجاز اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب وهنا بحث لما ذكر
في الكافي والشرح وغيرهما من الشروح ان الملك في المضمونات يثبت بطريقة
الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما حيث قالوا في مظاهر

اعتق نصف عبد مشترك بنية الكفارة فضمن قيمته باقية لشريكه ولم يجز
عن كفارته عند ابى حنيفة رح وعللوه بان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه
ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة ثم اعترضوا على هذا التعليل
بان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فكان
نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان النقصان فى ملكه
لا فى ملك شريكه واجابوا عنه بان الملك يثبت بصفة الاستناد
فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز هذا ما ذكروا
ولا يخفى ان التضحية ايضا غيرهما كالكفارة فينبغى ان لا يظهر فى حق الكفارة
وجوابه قد مر **قوله** بخلاف ما اذا اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح
فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح فان قلت بيع المودع ينفذ عند اداء الضمان
مع انه يملكه بالتسليم والبيع سابق عليه قلت قد ذكرنا ان النافذ بين المودع
ومشتريه هو البيع الذى ينعقد بينهما بالتعاطى عند قبض المشترى لا البيع
القولى السابق على التسليم الذى هو الموجب للملك عند اداء الضمان
نعم يشكل بان الذبح لا يعرى عن مقدمات هى تعدى فى الوديعة كشد
رجلها واضجاعها على الارض بكره منها وغير ذلك مما هو ليس من باب
الحفظ والتعدى للوديعة سبب الضمان فكان الملك سابقا على الذبح
فينبغى ان يجوز عن اضحيته عند اداء الضمان اللهم الا ان يقال مقدمات
الذبح ملحقة به حتى لو اضجعها فاضطربت فتعيبت بما يمنع التضحية
اجزاه استحسانا لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكان
حصل به حكما فيكون الاعتبار فى وجوب الضمان للذبح لا لمقدمات

كتاب الكراهية

قوله وعند ابى حنيفة وابى يوسف
انه الى الحرام اقرب ومعنى القرب الى الحرام انه يتعلق به محذور دون
استحقاق العقوبة بالنار كحرمان الشفاعة فترك الواجب حرام يستحق
العقوبة بالنار وترك السنة المؤكدة قريب عن الحرام يستحق به حرمان
الشفاعة لقوله عليه السلام من ترك سنتى لم ينله شفاعتى كذا فى التلويح
ولا يقال ترك الجماعة فى الصلوات الخمس يوجب استحقاق العقوبة بالنار
فقد سئل ابن عباس عن رجل يقوم بالليل ويصوم بالنهار ولا يحضر
الجماعة فقال هو فى النار والجماعة سنة مؤكدة لانا نقول جاز ان
يكون الجماعة فرضا عند ابن عباس رضى الله عنه كما هو مذهب البعض
او هو محمول على الترك استخفافا بان لا يراه سنة

فصل فى الاكل والشرب

قوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه اى اخذ حكمه

فى الطهارة وفى النجاسة ان كان اللحم طاهرا فاللبن طاهر وان كان نجسا
فنجس ولحم الاتان نجس فكذا لبنه والنجس واجب الاجتناب فلا يحل شربه فعلى هذا
لا يرد لبن الفرس من حيث ان لحمه حرام ولبنه مباح على ما قيل فلم يأخذ اللبن
حكم اللحم وذلك ان اللبن يأخذ حكم اللحم فى حكم الطهارة والنجاسة لا فى ساير
الاحكام لجواز ان يثبت الحرمة فى اللحم بدليل لا يوجد فى اللبن كتقليل آلة
الجهاد فانه علة حرمة لحم الخيل ولا يوجد هذه العلة فى اللبن فيبقى على الاباحة
فان قلت قد مر فى فصل الاسار ان لبن الاتان طاهر نص محمد رح
على طهارته اجيب بان فيه روايتين والمذكور هنا على احديهما **قوله**
لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة فيه اشارة الى انه
لا بأس باستعمال آنية الحديد والصفر وغير ذلك مما هو ليس بذهب
ولا فضة وهكذا منصوص فى الطحاوى حيث قال كل اناء من غير الذهب
والفضة فليس بمكروه الاكل فيه والشرب منه لوجه من الوجوه للرجال
والمرأة كالحديد والصفر وما اشبه ذلك مما يقع الانتفاع به فان قلت
كيف اثبت الشافعى رح التفاخر ومنعتم ذلك وهل هذا الا تكذيب كل
فريق صاحبه اجيب بان تفاخر الفقراء منهم ثابت بهذه الاشياء
ولا يتفاخر بها ملوكهم فالشافعى رح اعتبر نفس التفاخر ونحن نعتبر تفاخر الكل
او تفاخر الملوك والجبابرة **قوله** وفى ظاهر الرواية هو والفاسق سواء
حتى يعتبر فيهما اكبر الرأى قال الشارح وهو الاصح لانه لا بد من اعتبار احد
شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما فاسقط اعتبار العدالة واذا ثبت ان
العدالة شرط قلنا ما كان شرطا لا نكتفى بوجوده ظاهرا كمن قال
لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر ثم مضى اليوم فقال العبد لم ادخل
وقال المولى دخلت فالقول قول المولى لان عدم الدخول شرط فلا نكتفى بثبوته
ظاهرا لنزول العتق تم لفظه وفيه بحث لما سبق اليه الاشارة فى الكتاب
والتصريح به فى الشرح فى كتاب الشهادة ان الظاهر فى حق ثبوت العدالة
قايم مقام الدليل القطعى لما انه لا امكان للوصول الى القطع وذلك انه
لو لم نكتف بظاهر العدالة نحتاج الى تزكية المزكى وقبول قول المزكى ايضا
عمل بالظاهر ان المزكى صادق فلو لم نكتف بظاهر العدالة يجب ان لا نكتفى
بظاهر عدالة المزكى ايضا وهلم جرا **قوله** لان اجابة الدعوة سنة قال
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم اضاف العصيان الى نفسه
فدل انه للترك متابعة خاصة اذ لو كان واجبا لما اضاف عصيان تاركه
الى نفسه هنا ولكن روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم

قال من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله وعنه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال اذا دعى احدكم الى الوليمة فليأتها وفى رواية فليجب عرسا كان
او نحوه وعن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دعى احدكم
الى طعام فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك فهذه الاحاديث كلها
دلايل وجوب الاجابة وفى التتاوى لا خلاف فى ان اجابة الدعوة
مأمور بها ولكن هل هو امر ايجاب او ندب الاصح فى مذهبنا انه فرض عين
على كل من دعى لكن يسقط بالاعذار والثانى انه فرض كفاية والثالث
مندوب اليها هذا فى وليمة العرس اما غيرها ففيها وجهان لاصحابنا
احدهما انه كوليمة العرس والثانى ان الاجابة اليها مندوب ونقل
القاضى اتفاق العلماء على وجوب الاجابة فى وليمة العرس وقال بعض
اصحاب الظواهر يجب الاجابة الى كل دعوة من عرس وغيره وبه قال
بعض السلف **قوله** كصلوة الجنازة واجبة الاقامة **فان قلت**
كيف قاس السنة على الواجب والواجب لم يترك لقوته لما اقترنت به
من المعصية لا يلزم ان لا يترك السنة بسبب ما اقترنت بها من المعصية
لضعفها **قلنا** نعم الا ان هذه السنة فى قوة الواجب فيثبت الحكم
فيها على وفاق ما ثبت فى الواجب فيثبت الحكم فيها بطريق الدلالة كذا فى الشرح
وفيه نظر لان من شرط الدلالة ان يكون غير المنطوق اقوى من المنطوق
او مثله والسنة وان كانت فى قوة الواجب فلا تبلغ درجة الواجب
فلا يثبت الحكم فيه بالدلالة **فصل فى اللبس قوله** ولا يحل
للرجل لبس الحرير وفى القنية قال برهان الدين صاحب المحيط لبس الحرير
فوق الدثار انما يكره عند ابى حنيفة رح لانه اعتبر حرمة استعمال الحرير
اذا كان يتصل ببدنه صورة وابو يوسف رح اعتبر المعنى بعين اللبس
قال رضى الله عنه هذا تنصيص منه ان عند ابى حنيفة رضى الله عنه
لا يكره لبس الحرير اذا لم يتصل بجلده حتى لو لبس فوق قميص من غزل ونحوه
لا يكره عنده قال رضى الله عنه فى هذا رخصة عظيمة فى موضع عم
به البلوى ولكن طلبت هذا القول عن ابى حنيفة رح فى كثير من الكتب
فلم اجد سوى هذا قال شمس الائمة الحلوانى ومن الناس من يقول
انما يكره اذا كان الحرير يمس الجلد وما لا فلا وعن ابن عباس انه كان
عليه جبة من حرير فقيل له فى ذلك فقال اما ترى ما يلى الجسد وكان
تحته ثوب من قطن ثم قال الا ان الصحيح ما ذكرنا ان الكل حرام وفى
الجامع الصغير للبزدوى ومن الناس من اباح لبس الحرير والديباج للرجال

وعن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من دعى فلم يجب فقد عصى
الله ورسوله صح

ومنهم

ومنهم من قال حرام للنساء ايضا وعامة الفقهاء انه يحل للنساء دون الرجال
كذا فى بعض الحواشى وذكر هشام عن محمد رح انه لم ير بلباس المرتفعة باسا
فانه خرج عليه السلام ذات يوم وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم
ودخل رجل من اصحابه عليه السلام وعليه رداء من خز فقال عليه السلام
اذا انعم الله على عبد احب ان يرى اثار نعمته كذا فى الذخيرة وسئل
الشيخ لو البس روى عن عمر رضى الله عنه انه كان يلبس قميصا عليه
كذا وكذا رقعة فقال انما فعل عمر رضى الله عنه كذلك لحكمة وهو انه
كان امير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة واتخذ لنفسه الوانا من الاطعمة
فعمّاله وحشمه يقتدون به فى ذلك وربما لا يكون لهم مال فيأخذون
من المسلمين كذا فى الشرح **قلت** ما روى عن عمر رضى الله عنه وغيره
من الائمة انهم كانوا يلبسون الرقعات ففيه لطيفة اشار اليها
الشاعر بقوله ترى الثياب من الكتان يلمحها • نور من البدر احيانا فيبليها
فكيف تنكر ان تبلى معاجرها • والبدر فى كل وقت طالع فيها • وقال آخر
لا تعجبوا من بلى غلالته قد زر ازراره على القمر **قوله** والمكفوف بالحرير
الى قوله وعنه انه عم كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير فان قلت روى
عن عمران بن الحصين ان نبى الله صلى الله عليه وسلم قال لا اركب
الارجوان ولا البس المعصفر ولا البس القميص المكفف بالحرير قلنا
هذا منه عليه السلام بيان الافضل **قوله** ولان القليل من الملبوس
مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال يعنى ان القليل
من المستعمل لما كان معفوا فكذا القليل من الاستعمال على وجه الاهانة
كما فى التصاوير على البساط والنوم عليه لبس قليل لانه يشتمل على احد
جوانبه الاربعة كذا فى الشاهان وفى الشرح فكان هذا نظير النجاسة
فان قليلها عفو فى زمان كثير فيكون كثيره عفوا فى زمان قليل **قوله**
والجامع كونه نموذجا النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نمونه
وهو ان يعلم بهذا المقدار لذة ما وعدله فى الاخرة منه ويرغب فى تحصيل
سبب يوصل اليه كذا فى الشرح وهنا بحث لان لاباحة القليل من الملبوس
لمعنى النموذج يغنى عن اباحة القليل من اللبس والاستعمال لهذا المعنى
الا يرى ان التختم بالفضة لما ابيح لمعنى النموذج اكتفى به عن اباحة القليل
من الذهب لانهما من جنس واحد ولا يخفى ان لذة القليل من الحرير
من جنس لذة القليل من لبس الكثير منه فينبغى ان يكتفى باباحة القليل
من الملبوس كما اكتفى بالقليل من الفضة عن القليل من الذهب فلا بد

من بيان الفرق **قوله** الا بالخاتم وفي الجامع الصغير لقاضيخان واذا
يختم بالفضة ينبغي ان يجعل الفص الى باطن الكف لا الى ظاهرها
بخلاف النساء ويجعل في اليد اليسرى وقوله عليه السلام اجعلها في اليمين
كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات اهل البغي الروايات
في هذا الباب مختلف فقد روي عن شهاب ان رسول الله عليه السلام
لبس خاتم فضة في يمينه وعن ثابت عن انس كان خاتم النبي عليه السلام
في هذه واشار الى الخنصر من يده اليسرى وعن عبد الله بن جعفر كان
النبي عليه السلام يتختم في يمينه وعن ابن عمر كان النبي عليه السلام يتختم في يساره
فظهر ان عمل النبي عليه السلام كان على الوجهين غير انا كرهنا التختم باليمين
من حيث انه صار من علامات اهل البغي **قوله** اذ هما من جنس واحد معنى
اذ لو كانا من جنس واحد لحرم بيع احدهما بالاخر متفاضلا اذ لا اقل من الريبة
وقد نهى النبي عليه السلام عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا وان جاز
اتفاقا **قوله** وحرم اللبس حرم الالباس فان قلت الباس من لا يحرم عليه اللبس
جائز الا يرى ان النسوان لما لم يحرم عليهن لبس الحرير لا يحرم على الرجال
الباسهن الحرير والصبيان كالنسوان حيث لا يحرم عليهم لبس الحرير حتى لو لبسوا
لم يكن به باس فكذا الباسهم انما يحرم الباس من حرم عليه اللبس كالرجال
والقياس على شرب الخمر غير صحيح لانه انما حرم سقي الصبي الخمر لما فيه من التقرب
بها وانه حرام ولهذا يحرم سقي الدواب اما الباس الدواب الحرير فلا باس به
فكذا الباس الصبيان الذين هم كالدواب في عدم التكليف قلنا حرمة
اللبس والخطاب بتركه ان لم يثبت في حق الصبي فالقبح الذي بنيت الحرمة والخطاب
بالترك عليه ثابت في حقه حتى انه لو ترك ما لبسه يثاب عليه كما يثاب على سائر
العبادات وارتكاب القبيح والتسبب لارتكابه حرام على المكلفين والباس
الصبيان الحرير تسبب لارتكابه فعلا قبيحا في حقه فيكون حراما ومخاطب الذكور
والبالغون به بخلاف النسوان لعدم ثبوت القبيح في حقهن وكذا الدواب
لعدم ثبوت القبيح في حقها وبالجملة ان كل ما حسن او قبح في حق البالغ حسن
او قبيح في حق الصبي غير ان البالغ مخاطب بفعل الحسن او بترك القبيح والتقرب
بعد ذلك ظاهر كما بينا والله اعلم **قوله** لا ينفعك اليوم ان همت بهم كثرة
ما توصي وعقاد الرتم يحتمل ان يكون الضمير في همت للنفس اي ان قصدت
النفس بفاحشة لم ينفعك الوصية لها وعقد الرتم **فصل**
في النظر والوطء والمس قوله والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر لما روي
عن عايشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مضطجعا في بيته كاشفا

عن فخذيه

عن فخذيه فاستاذن ابو بكر فاذن له وهو على تلك الحالة فتحدث فاستاذن
عمر فاذن له وهو كذلك فتحدث له ثم استاذن عثمان فجلس رسول الله عليه السلام
وسوى ثيابه فلما خرجوا قالت عايشة دخل ابو بكر فلم تهتش له ولم تباله ثم دخل
عمر فلم تهتش له ولم تباله ثم دخل عثمان فجلست وسويت ثيابك فقال
الا استحيي من رجل تستحيي منه الملائكة فلو كان الفخذ من العورة لما كشفها
بين يدي ابي بكر وعمر ولنا انه عليه السلام قال لجرهد وار فخذك اما علمت
ان الفخذ عورة وقال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تبرز فخذك ولا تنظر
الى فخذ حي وميت وقال عليه السلام لمعمر يا معمر غط فخذيك فان الفخذين
عورة واما حديث عايشة رضي الله عنها فقد روي وفيه انه عليه السلام
كان مضطجعا في بيته كاشفا عن فخذيه غير صحيح ولئن صح فالمراد بكشف الفخذ
كشفه عما عليه من القميص لا المئزر فلما دخل عثمان بالغ في الستر ويدل عليه
قوله فجلس وسوى ثيابه حيث لم يقل وغطى فخذيه والله اعلم **قوله** والمحرم
من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وهما الضرورة وقلة الرغبة للحرمة المؤبدة ولكن
وجود الضرورة المذكورة من دخول البعض على البعض من غير استيذان واحتشام
فيما تثبت المحرمية بالرضاع في حيز المنع لما صرح به المصنف رح في كتاب السرقة
حيث قال ومن سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف انه لا تقطع
لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة ووجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية
بدونها لا تعتبر وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف
التهمة هذا لفظه فما ذكر في وجه ظاهر الرواية من قوله لا بسوطة تصريح
بعدم الضرورة الموجبة لحل النظر اللهم الا ان يحمل قوله هنا لوجود المعنيين
على ما هو المروي عن ابي يوسف رح فيكون في غاية الاستقامة او يراد
بالمعنيين احدهما على نحو ما مر في البيوع من قوله ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ
ايهما شاء اذ المراد احد الثوبين كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
وقوله عليه السلام اذا سافرتما فاذنا واقيما **قوله** وقوله الا لا يخلون رجل
بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان التمسك بهذا الحديث
لاباحة الخلوة ليس بظاهر لانه يقتضي حرمتها بالاجنبية ولا يقتضي اباحتها
بالمحارم كيف والتنصيص بالشيء لا يقتضي نفي ما عداه فمن هنا قيل في قوله
عليه السلام مرفوع على الابتداء والخبر محذوف وقوله والمراد اذا لم يكن محرما
حال ساد مسد الخبر اي قوله عليه السلام الا لا يخلون الخ ثابت حال كون المراد
به كنا على نحو ضربي زيدا وهو قايم والجملة لدفع وهم من يتوهم بامتناع الخلوة

بالمحارم تمسكا بعموم قوله لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل لا يملك عين
ولا بنكاح فقال المراد اذا لم يكن محرما بقرينة الاستثناء المذكور في قوله
عليه السلام الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها اذ المسافرة لا يكون بدون
الخلوة **قوله** ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد فان قلت
كيف ينتظم المكاتبة وهي لنقصان الملك فيها لا يدخل تحت مطلق لفظة المملوكة
حتى لو قال كل مملوك لي فهو حر لا يعتق المكاتب اجيب بان المطلق انما
ينصرف في النصوص وما يتعلق بها من احكام الشرع لا في بياناتهم احكام
الشرع واخباراتهم بها **وفيه نظر** لان جهة انصرافه الى الكامل لا يفرق
بينهما بل الاولى ان يقال ان لفظة المملوكة هنا ينتظم الكل لعموم الحاجة
قوله لتحقق الحاجة ظاهر في المدبرة وام الولد لاشتغالها بخدمة المولى
وضيعاته اما في حق المكاتبة فمشكل لانها لا تخدم المولى في ثيابه ومهنته
الا ان يقال انها ايضا يحتاج الى زيادة الخروج حيث يحتاج اليه لاداء مال
الكتابة الى المولى وكسب معاشها فصارت كالمرقوقة في الاحتياج الى زيادة
الخروج **قوله** وهو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى اوما ملكت
ايمانهم **فان قلت** قال عليه السلام اذا كان عند مكاتب احديكن وفاء فليحتجب
منه روته ام سلمة رضي الله عنها ففيه اشارة الى انه اذا لم يكن عند المكاتب
وفاء فالاحتجاب عنه غير واجب وذا دليل على ان الاحتجاب عن العبد
غير واجب **اجيب** بان التعليق بالشرط لا يوجب العدم عندنا لعدم
وقد عرف في موضعه **قوله** لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث
دون الذكور ويقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص الحادثة وقوله
اوما ملكت عام يتناول الذكور والاناث وانتم خصصتم بالاماء بدليل
نزول الآية فهي وذلك خلاف مذهب علمائنا **فصل**
في الاستبراء قوله بشهوة التقييد به يشعر بان النظر بدونها يجوز ولكن
ما ذكر في تعليل حرمة الدواعي بقوله ولاحتمال وقوعها في غير الملك يشعر
بالحرمة وان كان بغير شهوة اذ النظر الى فرج غير المملوكة حرام بلا اشتراط
الشهوة **قوله** افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية
وهو استحداث الملك واليد **قلت** اما الافادة فظاهر واما الدلالة
على السبب فمشكلة اذ لا دلالة للفظ الحديث على هذا السبب بوجه الا
لان يعتبر التسامح **قوله** والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ويشكل بما لو زوج
المولى مكاتبته الصغيرة توقف على اجازتها فلو عجزت بطل النكاح لانه طرأ
على الحل الموقوف حل نافذ كذا في الكافي في باب نكاح الرقيق فلو كانت

حرمة

حرمة المكاتبة كحرمة الحائض وجب ان لا يبطل النكاح الموقوف عند العجز كما لا يبطل
بزوال الحيض بان تزوجت امة حائضة بغير اذن مولاها ثم طهرت قبل الاجازة
لا يبطل النكاح كذا هنا وايضا جعل المصنف رحمه الله الكتابة كالاعتاق والتزويج
فيما اذا كانت لرجل امتان اختان قبلهما على ما سيأتيك ان شاء الله وذا
دليل على ان الحرمة الثابتة بالكتابة ليست كالحرمة الثابتة بالحيض وذلك
ان الكتابة تزيل ملك المتعة والحيض وان كان يحرم الانتفاع بها فهو
لا يزيل ملك المتعة **قوله** وعن محمد رحمه الله انها لا تحرم لانه لا يحتمل وقوعها في غير
الملك مشكل لان احتمال وقوعها في غير الملك وان لم يثبت في المسبية فافضا وُها
الى الوطي الحرام موجود اذ هو محرم ايضا كما في الاعتكاف والاحرام والظهار
قوله لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي وهو مشكل لما مر في كتاب النكاح
انه ان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب اي من زوجها
لان النسب يثبت في دارهم كما في دارنا وما ذكر هنا من قوله لا يصح دعوة
الحربي يشير الى ان النسب لا يثبت من الحربي اذ لو ثبت منه لصحت دعوة
فكانه اراد انه لا يصح دعوة الحربي بحيث تعود الحاملة بدعوته الى ملكه الذي
كان له بالنكاح او بملك اليمين كما يعود المشتراة بدعوة البايع الى ملكه
فيظهر ان الدواعي كانت في غير الملك اما هنا وان ادعى الحربي لا تعود
المسبية بدعوته الى ملكه ولا تخرج عن ملك السابي حتى يظهر الدواعي في غير
الملك كما في المشتراة **قوله** واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام
للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة اعلم ان التقييد
بقوله في اثنائه يشعر بانها لو حاضت بعد انقضاء الشهر لا يبطل الاستبراء
ثم التشبيه بقوله كما في العدة يدل على ان الحكم فيهما واحد وقد مر في باب
العدة من كتاب الطلاق ما يدل على انها لو حاضت بعد الاشهر الثلثة
فعليها ان يستأنف العدة حيث قال وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور
ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض
لان عودها يبطل الاياس وهو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان
شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني هذا لفظه فظهر ان الشهر انما يقوم مقام الحيض
عند تحقق الياس باستدامة العجز الى الممات فيلزم ان يبطل حكم الاستبراء
بالشهر وان حاضت بعد انقضائه لفوات شرط الخلفية وكان التشبيه
بالعدة وقع على ما روي عن الصدر الشهيد انه كان يفتي بانها لو رأت الدم
بعد ما حكم باياسها يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد ان كانت ذات الدم

قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رات الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر **قوله** ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء وذكر في شرح الاوراد للامام علي بن احمد الغوري رح ان حيل اسقاط الاستبراء مسطورة في الكتب الا ان الحيلة التي ذكرت في الذخيرة اسهل الحيل وهي ان الرجل اذا اشترى امة فكاتبها ثم فسخ الكتابة برضاها جاز للمولى الوطي ولا استبراء عليه وقيل هذه الحيلة باطلة لان الكتابة ان كانت بعد القبض وظاهرها انها لا تسقط الاستبراء لتعذر وجوبه باستحداث الملك المؤكد بالقبض في حال يحل فرجها له فصار كانه قبضها ثم زوجها والكتابة ليست باقوى من التزويج وهو بعد القبض لا يسقط الاستبراء الذي وجب عليه فكذا الكتابة وان كانت الكتابة قبل القبض فكذلك اذ الحرمة تعارض مع بقاء الملك لا يمنع وجوب الاستبراء كما لو قبضها وهي حايضة او محرمة والحرمة بالكتابة عارضة كما في الحيض والاحرام كما نص المصنف رح عن قريب فلا يمنع الوجوب والله اعلم نعم ذكر في المبسوط ان ملك المولى يزول بالكتابة كما يزول بالتزويج فلا يشكل بما ذكر لان الكتابة لما كانت كالتزويج يصح الاحتيال لاسقاط الاستبراء بالكتابة قبل القبض كما يصح ذلك بالتزويج الا يرى ان الاختين اللتين هما امتان لرجل فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها والكتابة كالاعتاق في هذا وانه دليل ظاهر على ان الكتابة كالتزويج في ازالة ملك المولى لا كالحيض والاحرام فكما يصح الاحتيال لاسقاط الاستبراء بالتزويج قبل القبض يصح بالكتابة فيصح ما قال الامام الغوري رح والدليل عليه ايضا ان المولى لو وطي المكاتبة يلزمه العقر ولو لم يكن الكتابة مزيلة لملك المولى بل كانت حراما مع بقاء الملك كالحايض والمحرمة لم يلزمه العقر بوطئها لما لا يلزمه بوطي الحايض والمحرمة وحيث لزمه العقر بوطئها علم انها تزول عن ملك المولى فيصح الحيلة بكتابتها قبل القبض ثم يقبضها وهي مكاتبة ثم تفسخ الكتابة ولا فرق بينها وبين تزويجها قبل القبض ثم قبضها ثم طلقها الزوج اياها والله اعلم ثم قد يقال في ابطال الحيلة التي ذكرها الامام الغوري رح ان المكاتبة لا تحتمل القبض لانها في يد نفسها حتى لو اشترى المكاتب وقبضه ثم هلك في يده لا يضمن شيئا لعدم تحقق القبض فيه بخلاف ام الولد والمدبر فانهما تضمنان بالقيمة عندهما في البيع الفاسد فلما لم تحقق القبض في المكاتبة حالة الكتابة لا يفيد الحيلة المذكورة لانها انما تصير مقبوضة عند العجز وعند ذلك تصير

فرجها حلالا له اللهم الا ان يثبت ان الكتابة نفسها قبض كالتدبير والاعتاق اتفاقا والتزويج في رواية عن ابي يوسف رح لكنه قبض غير ممكن من الوطي فلا بد به الاستبراء ثم اذا عجزت يحل وطئها له من غير استبراء وفي الخزانة انه لو كاتب المبيع قبل القبض للبايع ان يحبس المبيع بالثمن لان الكتابة تحتمل الفسخ فردت في حق البايع نظرا ولو نقد المشتري الثمن نفذت تلك الكتابة لانه زال المانع هذا لفظه وهذا لا ينافي ان يكون الكتابة قبضا الا انه قبض غير معتبر في حق البايع لتمكنه من الحبس فاما اذا نقد الثمن وزال حق البايع ينفذ الكتابة ويعتبر قبضا من حين وجودها **قوله** او المشترى قبل القبض ممن يوثق به قال الشارح ثم ان التزويج وان كان قبضا حكما ولكن ليس بقبض ممكن من الوطي والقبض الممكن من الوطي جزء العلة فلا بد منه ومن الملك ولا بد ان يقع الاستبراء بعدهما ثم لفظه وهذا تصريح بان النكاح قبض حكما وقد صرح المصنف رح في المسائل المنثورة من كتاب البيوع بان التزويج ليس بقبض حيث قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها ووطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطاها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا هذا لفظه وهو تصريح بان التزويج ليس بقبض اللهم الا ان يحمل قول الشارح على ما روي عن ابي يوسف ان النكاح نفسه قبض كما هو وجه القياس لكن مخالفا **قوله** والكتابة كالاعتاق في هذا اي في انه يحل وطي الاخرى لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وفي المبسوط وهذا الجواب في الكتابة مشكل لانها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزم استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقر بوطئها وكان وطئه اياها في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها فيحل له ان يطا الاخرى كذا في الشرح **فان قلت** الراهن لو وطي الجارية المرهونة يجب العقر مع ان ملكه لا يزول عن المرهونة حتى لو رهن احدى الامتين لا يحل له الاخرى **قلت** العقر انما يجب على الراهن اذا وطئها وهي بكر لانه اتلاف الجزء واتلاف المرهونة يوجب الضمان اما اذا وطئها وهي ثيب فلا شي على الراهن فعلم ان وجوب العقر على الراهن للاتلاف

لا الموطئ نفسه نعم يشكل هذا بما ذكره المصنف رح آنفا من قوله ويتحرى بالحيض
التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء
ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتضى الحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض فقد الحق
الكتابة بالحيض في ان الحرمة فيهما بعارض فيجب ان لا يحل احدى الامتين
الموطوئتين بكتابة الاخرى كما لا تحل بحيضة الاخرى والمسئلة بخلافه
فصل في البيع قوله ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي
يوضحه ان السرقين من حيث انه نجس مهان ومن حيث انه ينتفع به عزيز
وما كان عزيزا من وجه مهانا من وجه جاز بيعه بخلاف الخمر فانه مهان من كل
وجه وفي بيعها اعزازها من وجه فلا يجوز ثم كونه منتفعا به لا يكفي لكونه
مالا بل لابد مع ذلك من كونه مما لا يوجد مجانا في السكك الا يرى ان
الانتفاع بشعر الخنزير جائز في عمل الخرز لكنه لما كان مما يوجد مجانا لم يكن
مالا وقد ربما ينتفع بالسرقين بالقائه في الارض لا يوجد مجانا فكان مالا
قوله لانه يلقى في الاراضي وفي الكافي فانهم يلقونه في الارض لاستكثار
الريع من غير نكير واحد من السلف وقد يقال كان ابن عمر رضي الله عنه
يجابر ارضه ويشترط على ان لا يعرها اي لا يصلحها بالعرة وهي السرقين
فقد وجد النكير من ابن عمر رضي الله عنه وقال عليه السلام لعن الله
بايع العرة ومشتريها قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف
كان اي سواء كان حرا او عبدا او ذكرا او انثى صالحا او فاسقا وتاويل
قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان
فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته كذا في الشاهان
وفي الخلاصة امة لرجل يبيعها اخر لا ينبغي لمن عرفها للاول ان يشتريها فان
قال صارت لي بشراء او وكلني ببيعها ان كان عدلا او وقع عنده انه صادق
صدقه وان كان البايع عبدا يسال ان اخبر بالاذن وهو عدل صدقه
ولا عمل باكبر الراي وان اشتبه لا يشتري هذا كلامه وهو يشير الى ان
العدالة او وقوع الصدق في الغالب بعد التحري شرط لقبول خبر الواحد
في المعاملات وان المراد بالثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة هو العدل
وبه يشعر قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة
المخبر غير لازمة للحاجة قوله لان عدالة المخبر غير لازمة للحاجة يشير الى ان
المراد بالثقة هو العدل لا الفاسق الذي لا يكذب لمروته وذكر في البزدوي
في باب بيان محل الخبر ولهذا اي ولاجل عدم اشتراط العدالة قلنا في الفاسق

اذا اخبر رجل ان فلانا وكلك بكذا فوقع في قلبه صدقه حل له العمل به
فهذا القيد اشارة الى ان وقوع الصدق في خبر الفاسق شرط في المعاملات
ولا يكتفى بكونه ذا مروة لا يكذب الا يرى انه لا يكتفى به في الشهادة في ظاهر
الرواية فالظاهر ان خبر كل مميز انما يقبل على رواية الكتاب اذا تايد
باكبر الراي نعم ذكر الاصوليون ان تحكم الراي في خبر الفاسق في المعاملات
ليس بشرط واليه اشار في البزدوي في باب بيان قسم الانقطاع قال
بعض المحققين من شارحي البزدوي جاز ان يكون في المسئلة روايتان
والى الرواية الثانية اشار الشيخ فخر الاسلام في باب بيان محل الخبر
والله اعلم قوله لان اخباره حجة في حقه دليل على قوله وكذا اذا لم يعلم
ولكن اخبره صاحبه يعني ان اخباره بذلك حجة في حق السامع للعمل
به فاذا اخبر وترجح جانب الصدق بالعدالة او لوقوع الصدق
في قلبه عمل به قوله لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل
فان قلت يد الفاسق يستحيل ان يكون دليل الملك في حق العدل
اجيب بان المراد بالفاسق المتصرف او الكلام على حذف المعطوف
اي لان يد الفاسق والعدل دليل الملك في حق الفاسق والعدل قوله
لان القاطع طارئ اي القاطع للزوجية وهو الموت او الطلاق والزوجية
السابقة لا تنازعه لانه لا يدل على البقاء كذا في الشاهان وهذا
يخالف ما ذكره الامام فخر الاسلام رح في اصوله ان حكم النكاح الحل
المؤبد الا يرى لا يصح توقيته صريحا بان يقول نكحتك الى كذا لكنه
يحتمل السقوط بما يعارضه على سبيل المناقضة فقبل المعارض له حكم كتابيد
فكان البقاء بدليله هذا لفظه وهو تصريح بان الزوجية تدل على البقاء
وانما القاطع بالمعارض فما ذكر في الشاهان من قوله والزوجية
السابقة لا تنازعه لا يدل على البقاء محل تامل ولكن ذكر صدر الاسلام
في اصوله ان الشراء لا يوجب بقاء الملك وهذا منه يكون رواية في النكاح
ايضا لان النكاح والشراء كلاهما من العقود المشروعة فما ذكر في الشاهان
محمول على ما اختاره صدر الاسلام قوله بخلاف ما اذا كانت المنكوحة
صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد
فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
المنازعة فافترقا فان قلت لو قبل الواحد من هذا الوجه في فساد
النكاح بعد الصحة فوجد آخر فيه يقتضي ان لا يقبل وهو ان الملك الثابت
للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد كما لو اشترى لحما ثم اخبر انه ذبيحة مجوسي

حيث لا يبطل بهذا الخبر ملك المشترى ولا يرجع بالثمن على البايع لان
ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد قلت نعم الا ان قيام الملك للغير
فى الحال ليس بدليل كذا فى الشرح وهذا ايضا يخالف ما ذكرنا
من اصول الامام فخر الاسلام رح فكانه اختار ان العقود الشرعية
من البيع والنكاح وغيرهما لا يدل على البقاء كما هو اختيار صدر
الاسلام ولكن التفصى عن الاشكال المذكور على مختار الشيخ الامام
فخر الاسلام رح مشكل قوله لان المعصية تقوم بعينه اشارة الى ان
المعصية لو كانت لا تقوم بعينه بل بعد الصنعة كالحديد فلا بأس ببيعه
منهم وقد صرح به فى كتاب البغاة حيث قال انما يكره بيع نفس السلاح
لا بيع ما لا يقاتل الا بصنعة ولكن ذكر فى باب الموادعة ولا ينبغى
ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم الى ان قال وكذا
الحديد لانه اصل السلاح فقد جوز بيع الحديد من اهل الفتنة بعلة
ان المعصية لا تقوم بعينه ولم يجوز بيعه من اهل الحرب بعلة ان
الحديد اصل السلاح فيلحق به فى حرمة البيع منهم وفى الفرق نوع
صعوبة قوله ولان المعصية فى شربها يشكل بما مر من كراهة بيع
السلاح من اهل الفتنة مع ان المعصية هناك ايضا فى القتال
لا فى نفسها والقتال فعل فاعل مختار وليس من ضرورات السلاح ايضا
وجوابه المنع بل القتال من ضرورات السلاح فانه وضع كذلك ولا
غرض فيه سوى ذلك فاما الخمر فربما يجعل للتخليل فلا يتعين الشرب
غرضا ولكن يشكل ببيع الحديد من اهل الحرب فانه لا يجوز مع انه لا يتعين
للسلاح المتعين للقتال لانه قد يتخذ به السلاسل والاغلال والات
الذراعة ثم قوله ان المعصية فى شربها اشارة الى ان شرب الذمى
الخمر معصية اذ الكلام فى حمل المسلم خمر الذمى ولكن ما وقع التصريح
به من ان الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا يشير الى ان
شرب الذمى الخمر ليس بمعصية كيف لو كان معصية لكان الخمر حراما لهم
فلا يجوز بيعهم وشراؤهم اياها وانه جايز فيهم لانه مباح لهم ويدل
عليه ما ذكر فى الكافى فى كتاب الغصب من قوله واذا اتلف المسلم
خمر الذمى يضمن قيمتها الى ان قال ولنا انها تلف مالا متقوما فى حق
المتلف عليه فوجب ان يضمن كما لو اتلف خله او شاته وهذا لان الخمر
مال متقوم فى حق اهل الذمة لانها كانت متقومة فى شريعة من قبلنا
وفى صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل

وهو

وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد فى حقنا بدليل
السياق والسباق فيبقى فى حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على ما كان
من قبل ولان حرمة العين وفساد التقوم بيننا بخطاب الشرع حيث
لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف والمحاجة
لمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب غير نازل فى حقهم فيبقى الحكم
على ما كان بخلاف الميتة والدم لانه لا يدين بموتهما احد من اهل
الاديان هذا كلامه وانه تصريح بان حرمة الخمر لم يثبت فى حق الذمى
وانه باق فى حقه على الاباحة التى كانت فى صدر شريعتنا فلا يكون
شربه حراما عليه وقد اشار هنا الى حرمة شربه على الذمى فى تعليل ابى حنيفة
وصاحبيه جميعا والله اعلم بالصواب وغاية ما يمكن ان يقال ان
حمل خمر الذمى ربما يفضى الى شرب المسلم فان الفسقة من المسلمين يبتاعون
الخمر من اهل الذمة فيشربون قوله ولانها حرة محترمة اى غير مملوكة
لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى
خلاها ولا يعضد فكذا فى حق البيع بل اولى لان جعلها عرضة للتملك
ابلغ فى الاهانة من عضد الشوك واختلاء الخلاء وتنفير الصيد
فان قلت فى البيع اعزاز المبيع الا ترى الى ما مر فى البيع الفاسد
من تعليل المصنف رح لبطلان بيع الخمر بقوله لما ان الشرع امر باهانتها
وترك اعزازه وفى تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له اجيب بان جعل
الشئ مبيعا اعزاز من وجه واهانة من وجه فمن حيث انه يتملك بالبيع
مقصودا اعزاز له ومن حيث ان البيع ابتذال له اهانة فلا يجوز
بيع ما قصد تعظيمه على الكمال كمكة لما فيه من معنى الاهانة ولا بيع ما
قصد اهانته على الكمال كالخمر لما فيه من الاعزاز من وجه قوله ولان
اراضى مكة تسمى السوايب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج
اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ولو كانت مملوكة لا اسوايب
لمنعهم رسول الله عليه السلام وحيث قررهم على ذلك دل انها غير مملوكة
كذا فى الحاشية فان قلت فما وجه قولهم لا سايبة فى الاسلام قلت
كانهم ارادوا به ان يخرج الشئ عن ملك مالكه ولا يدخل فى ملك احد
واراضى مكة لم تكن مملوكة لاحد فلا تكون سايبة وهذا هو المراد بقوله
ولا سايبة والله اعلم مسائل متفرقة قوله النقط فى الصحاح
نقطة نجاك زدن حروف را نقطه بالضم نجاك سياهى بر سپيدى
باعكس آن نقطه نقاط جماعة وفى التاج النقط نشان چو نقطه و اعراب

قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه قلت صرح المصنف رح في كتاب الصلوة ان قوله لا بأس يشير الى انه لا يوجر عليه لكن لا يأثم به والتعليل بان فيه تعظيم المسجد يشير الى انه مستحب الا ان يقال جهة التعظيم وان كان يوجب ان يكون مستحبا ولكن هذه الجهة معارضة بجهة توجب الكراهة وهي ان التزيين بماء الذهب من اسباب التفاخر فاثبتنا امرا بينهما وهي الاباحة قوله ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام قيد بالمسجد الحرام ليثبت الحكم في غيره بالطريق الاولى لانه لما لم يكره دخولهم فيه وهو اعظم المساجد فلان لا يكره في غيره اولى قوله ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام هكذا ذكر في الجامع الصغير ومختصر الكرخي وفي السير الكبير انهم يمنعون عن الدخول في المسجد الحرام قيل ما ذكر في الجامع الصغير قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد الاول وما في السير الكبير قول محمد رح آخرا ثم ان محمدا رح سوى بين الحربي والذمي فجوز للكل الدخول في ساير المساجد قوله للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام خص المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم كذا في الشاهان ولا يخفى ان التعليل بقوله انما لحصر الحكم في الشيء الخ لا يفيد خصوصية النهي عن الدخول بالمسجد الحرام لان قوله انما المشركون نجس انما يفيد حصر المشركين على النجاسة لا حصر النهي عن الدخول على المسجد الحرام وهو ظاهر فهذا التعليل وقع في غير موقعه وانما وجه تمسك الشافعي رح بهذا النص هو ما اشار اليه بقوله خص المسجد الحرام بالذكر يعني ان التنصيص بالشيء يقتضي نفي ما عداه عند الشافعي رح في اسم الصفة وكان تخصيص المسجد بوصف الحرام دليلا على نفي الحكم فيما سواه من المساجد فان قلت ان التنصيص انما يوجب نفي الحكم اذا لم يقبل الحكم التعليل وهنا قد علل بالنجاسة فيجب ان يتعدى الى ساير المساجد اجيب بانه لا نجاسة الا في الاعتقاد وتاثير هذا النوع من النجاسة في حرمة الدخول غير معقول فيقتصر وفيه بحث لان حصر النجاسة على اعتقادهم مذهبنا واما الشافعي فيقول بانهم نجس ذاتا ايضا وتاثير نجاسة الذات في الدخول في المسجد ظاهر اللهم الا ان يطلب الالزام على اصلنا قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة الخ قلت هذا التعليل يقتضي ان يجتنب الكافر كل مسجد لان الجنب لا يمكن من دخول المسجد الحرام وغيره والشافعي رح لا يمنع الكافر

الا من الدخول في المسجد الحرام خاصة على ما اشير اليه في الكتاب وصرح به في المدارك الا ان يقال ترك الشافعي رح العمل بعموم هذا التعليل في حق غير المسجد الحرام بالاحاديث الدالة على جواز دخول الكافر المساجد سوى المسجد الحرام كما روي انه عليه السلام انزل وفد بني ثقيف في مسجده ثم ذكر في الذخيرة انهم لم يجوزوا للمسلم الجنب الدخول في المسجد وجوزوه للكافر مع ان الكافر جنب لان منهم من لا يغتسل ومنهم من يغتسل ولا يدري كيفيته فلا يتمضمض ولا يستنشق الا يرى انه يؤمر بالاغتسال اذا اسلم وقد انضم في حق الكافر الى الجنابة نجاسة الكفر فهو اولى ان يمنع عنه والفرق ان المسلم يدين وجوب الاغتسال بالجنابة ويعتقد كون الجنابة مانعة عن الدخول في المسجد فعاملناه معه على حسب اعتقاده فلهذا افترقا هذا لفظه قوله ولنا ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان النبي عليه السلام صالح اهل مكة عام الحديبية على ترك القتال من الجانبين ثم ان اهل مكة نقضوا عهد رسول الله عليه السلام وخافوا ان يغدرهم رسول الله عليه السلام فجاء ابو سفيان الى المدينة لتجديد ذلك العهد فدخل المسجد وهو كافر كذا في الذخيرة قوله ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء وطائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية فان قلت الحديث المذكور من الآحاد فلا يعارض قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام فانه بحكم ترتب الحرمة على النجاسة يقتضي حرمة اقترانه بجميع المساجد لان تجنيب كل مسجد عن النجاسة واجب وهو دليل على ان الخبث في اعتقاده لا في ذاته وما وجه ترتب النهي عن الحضور طائفين عراة على نجاسة المشركين ولا اثر للنجاسة في المنع عن الطواف عراة اذ المسلم الطاهر ايضا ممنوع عنه قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي خذوا ما يواري عورتكم عند كل طواف والامر بالشيء نهي عن ضده اذا كان له ضد واحد قلت النجس بالفتح مصدر وصحة الحمل اما بحذف المضاف اي ذوو نجس او بتاويله بالصفة واياما فهو مجمل فيما يتنجسون به من النجاسة حيث لم يبين انهم باية نجاسة يتنجسون لكنا روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم لما انزل وفد بني ثقيف في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة رضي الله عنهم انهم قوم نجس فقال النبي صلى الله عليه وسلم ليس على الارض من انجاسهم شيء انما انجاسهم على انفسهم فنبه عليه السلام

ان النجاسة فی اعتقادهم لا فی ذاتهم فلحق الخبر بیانا لمجمل الکتاب ولما ثبت
ان المراد هو النجاسة فی الاعتقاد تعذر حمل قوله فلا یقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا علی ظاهره اذ المحرم هو تلویث المسجد بالنجاسة ولا تلویث
فی نجاسة الاعتقاد فلا بد من ان یحمل علی الحضور المعهود المتعارف
فیما بینهم وهو الحضور استیلاء واستعلاء وطائفین عراة کما کانت عادتهم
فی الجاهلیة ثم تقییده الطواف بقوله عراة اتفاقی لان طوافهم کان کذلک
وذلک انهم منهیون عن الطواف مطلقا لانه عبادة وهم لیسوا من اهلها
لنجاسة فی اعتقادهم کانه قیل انهم نجس اعتقادا فلا یطوفون لان
النجاسة الاعتقادیة تمنع اهلیة الطواف وجاز ان یقال انهم کانوا
یطوفون عراة ویقولون لا نعبد ربنا فی ثیاب قارفنا فیها الذنوب
زعما منهم ان هذه العبادة مع ما یقارف فیه الذنوب لیس یحسن فانزل
الله تعالی هذه الآیة لبیان ان الطواف عراة مع نجاسة الاعتقاد ایضا
لیس یحسن فمن اجتنب عن الطواف مع الثیاب التی قارف فیها الذنوب
فعلیه ان یجتنب عنه مع نجاسة الاعتقاد ومن اراد هذه العبادة الشریفة
فلیطهر نفسه عن النجاسة الباطنیة ولا یقرب المسجد ما دام تلک النجاسة
قائمة بالطواف وان کان مع نزع الثیاب ولکن للخصم منع ظاهر علی قولنا
ان المحرم هو تلویث المسجد بان یقول کما ان تلویثه بالنجاسة حرام احتراما
له جاز ان یحرم دخول من هو نجس اعتقادا فیه لا سیما فی المسجد الحرام
احتراما له فالحمل علی نجاسة الاعتقاد ایضا لا ینافی حمل قوله فلا تقربوا
علی ظاهره وقال صاحب التاویلات المراد من الآیة النهی عن دخول مکة
لا عن المسجد الحرام وفی آخر الآیة ما یدل علیه فانه تعالی قال وان خفتم
عیلة ای فقرا بسبب منع المشرکین وما کان لکم فی قدومهم علیکم من الارفاق
والمکاسب فسوف یغنیکم الله منه ولو کان النهی عن الدخول فی المسجد
کانوا لا یخافون العیلة لانهم کانوا یدخلون مکة ویتجرون فیها وروی
انه لما نزلت هذه الآیة قال المسلمون انهم کانوا یاتون بالبر ویبتاعون
والآن ینقطع المتاجر ویضیق العیش فانزل الله تعالی وان خفتم کذا
فی الذخیرة وللخصم ان یقول سبب اتیانهم بمکة مع التجارات دون بلد آخر
کان هو زیارة البیت یقصدون بذلک زیارة البیت لا التجارة نفسها
فلما منعوا عن الدخول فی المسجد الحرام انقطع سبب اتیانهم بمکة مع
التجارات فخاف المسلمون عیلة فانزل الله تعالی وان خفتم الآیة
فارادة الحقیقة من المسجد الحرام وهی احق بالارادة لا ینافی خوف العیلة

علی ما

علی ما ذکرنا فلا یاباه قوله وان خفتم فلا یرد ما اورد والله اعلم قوله
لان فی استخدامهم حث الناس علی هذا الصنیع فیه اشارة الی ان المکروه
هو الاستخدام المعهود وهو الدخول فی الحرم لا مطلق الاستخدام لان
الاستخدام الذی لا یختص بالخصی بل یستوی فیه الخصی والفحل لیس
بحث للناس علی الخصی انما یکون حثا لهم علیه اذا استخدموا بما یخصهم
من الخدمة وهکذا ذکر فی الاوضح حیث قال وانما یکره استخدام الخصی
فی الخدمة المعهودة وهو الدخول فی الحرم ولو کان المراد مطلق الاستخدام
لعلل بوجه آخر وهو ان یقول ویکره استخدام الخصیان منعا لهم عن هذا
الصنیع لان کراهة الاستخدام یقلل الرغبة فی الخصی نعم لو قیل بان
المکروه مطلق الاستخدام لکان له وجه وهو ما ذکرنا من منع الناس
عنه وتقلیل الرغبة فیه قوله لما رکبه لما فیه ای فی الرکوب فتح بابه
ای باب انزاء الحمیر علی الخیل لان فی الرکوب ترغیب الناس علی هذا
الصنیع فلما رکبه فقد رغبهم علی هذا الفعل والترغیب فیه دلیل الاباحة
ولو کان مکروها لما رکبه تقلیلا للرغبة فی هذا الصنیع وقد یقال
البغلة التی رکب النبی صلی الله علیه وسلم جاز ان یکون مولودة بین
الفرس والاتان فلا یکون دلیلا علی جواز انزاء الحمیر علی الرمکة اذ
الفعل لا یحتمل الاطلاق والعموم وجوابه ان المراد بانزاء الحمیر
علی الخیل التولید بین الجنسین اعم من ان یکون بین الحمار والرمکة
او بین الفرس والاتان وجواز احدهما یدل علی جواز الآخر قوله
لانه ماخوذ من القعود فیکون المعنی اسئلک بموضع قعود عزک الذی
هو بعض من عرشک او المقعد الذی هو عرشک ثم من اما تبعیضیة او
بیانیة قوله فکان الاحتیاط فی الامتناع الذی یوجبه القیاس المذکور
وهو ان توهم التعلق بالمکان ترجیحا للمحرم قوله ویکره ان یقول
فی دعائه بحق فلان او بحق انبیائک لانه لا حق للخلق علی الخالق وذکر
فی تفسیر الشیخ ضیاء الحق والدین السنامی لما طال حبس یوسف
علیه السلام ضاق علیه الوقت لیلة فرفع راسه الی السماء وقال الهی
انت الرب وانا العبد وانت الخالق وانا المخلوق وانت العزیز
وانا الذلیل اسألک بحق ابرهیم خلیلک وبحق اسحق ذبیحک وبحق
یعقوب اسرائیلک ان تغیثنی وترحمنی یا ارحم الراحمین فرمان آمدکه
ای یوسف ابرهیم واسحاق ویعقوب برمن چه حق دارند اما
ابرهیم فصرفت النار عنه وجعلتها بردا وسلاما واما اسحق ففدیته

بنابع عظيم اما يعقوب فقد اعطيته اثنى عشر ابنا فاخذت واحدا
منهم فمازال يبكى ويشتكى حتى ابيضت عيناه اى حق لهم على حتى تقول
بحقهم اغثنى وارحمنى قال فاسئلك بمنك القديم وفضلك العميم ان
تغفر لى وترحمنى فرمان امد الآن اغفر لك واخرجك من السجن فان
قلت روى ان آدم صلوات الله عليه الهمه الله تعالى ان يقول
فى دعائه يا رب بحق محمد حبيبك ان تغفر لى اجيب بانه منسوخ
بما روينا من قصة يوسف عليه السلام على ان المحرم اولى وكذا الاخبار
لما تعارضت صرنا الى القياس وهو يقتضى ان يكره الدعاء بحق فلان
لانه لا حق للمخلوق على الخالق يصلح للاستشفاع قوله وحديث استحسانا
انه عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وذكر فى الذخيرة
فى كتاب المكاتب اذا اهدى المكاتب هدية بالمطعوم او دعى
الى طعام لا باس به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه تبرع
وللتجار منه بد لكن جوزنا ذلك بالآثار وهو ما روى ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان حال كونه مكاتبا وهدية بريرة
وهى مكاتبة هذا كلامه ففيه تنصيص بان سلمان كان مكاتبا
واشار فى الكتاب الى انه كان عبدا حينئذ والله اعلم ثم قصة سلمان
هى ما روى ان سلمان كان ممن يعبد الخيل البلق فوقع عنده انه ليس
على شىء وجعل ينتقل من دين الى دين طالبا للحق حتى قال له بعض اصحاب
الصوامع لعلك تطلب الحنيفية وقد قربا وانها فعليك بيثرب ومن علامات
النبى المبعوث انه يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وبين كتفيه خاتم النبوة
فتوجه نحو المدينة فاسره بعض العرب وباعوه من اليهود وكان يعمل
فى نخيل مولاه حتى هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المدينة
فلما سمع بقدوم النبى صلى الله عليه وسلم اتاه بطبق فيه رطب ووضعه
بين يديه فقال ما هذا فقال صدقة قال لاصحابه كلوه ولم يأكل
فقال سلمان فى نفسه هذه واحدة ثم اتاه من الغد بطبق فيه رطب
فقال ما هذا فقال سلمان هدية فاكل فقال هذه اخرى ثم تحول خلفه
فعرف النبى صلى الله عليه وسلم مراده فالقى الرداء من كتفه حتى نظر سلمان
الى خاتم النبوة بين كتفيه فاسلم قوله ومن كان فى يده لقيط لا اب له
فانه يجوز قبض الهبة له اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم فى هذا
الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها اب وهى تحت الزوج
فوهب لها شىء انها لو قبضت او قبضها ابوها او زوجها ان ذلك جائز

فلم يمتنع

فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان
تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من جهة الولاية ومن جهة
العول والنفقة ومن جهة العقل والتميز فيثبت ان عدم الاب ليس بلازم
كذا فى الشرح قلت صرح المصنف رح فى الهبة بالفرق بين الزوج وساير
من يعوله من حيث ان الزوج يملك قبض الهبة للصغيرة مع حضرة الاب
بخلاف كل من يعولها غيره فانهم لا يملكون مع حضرة الاب حيث قال واذا
وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها
اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف
الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبة غيبة
منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة هذا لفظه وهو تصريح بان غير الزوج ممن يعوله لا يملك قبض
الهبة لاجل الصغير الا عند عدم الاب حقيقة بان مات او حكما بان غاب
غيبة منقطعة وقد قال الشارح هناك بانه لا اختلاف فى عدم تملك
الام وكل من يعوله ويملك مع حضرة الاب اى يملك الزوج قبض الهبة
للصغيرة مع حضرة الاب حيث قال قوله فى الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع
حضرة الاب اى يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة
ابيها فى الصحيح وكان هذا احترازا عما ذكر فى الايضاح بقوله وتاويل
هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا هكذا ذكره
الحاكم فى مختصره وانما قلت هذا لان فى قوله بخلاف الام وكل من يعوله
غيرها حيث يملكونه الا بعد الموت وغيبته غيبة منقطعة ليس رواية
اخرى حتى يقع قوله فى الصحيح احترازا عنها هذا لفظه فالعجب منه انه صرح
فى كتاب الهبة بهذا وقال هنا ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم فى حق
هذا الحكم ثم قد ذكرنا فى الهبة ضعف ما ذكر فى الشرح فعليك به وما
ذكر هنا من قياس ساير من يعوله على الزوج ايضا غير مستقيم لما ذكر المصنف
من ان الزوج يملك قبض الهبة لتفويض الاب امورها اليه الا ترى انه لا يملكه
قبل الزفاف فلا يفترق الحكم بين حضرة الاب وعدمه اما الام وساير
من يعوله غيرها فانما يملك ذلك للضرورة ولا ضرورة مع وجود الاب
فلا يملك فظهر ان الزوج وساير من يعوله لا يتقاسان اصلا ولعل الشارح
زعم ان المراد بالقيط صغير يعوله ذو اليد اى من كان فى يده صغير يعوله
فيتناول الزوجة الصغيرة التى فى يد الزوج فيستقيم دعواه ان هذا
الشرط ليس بلازم لانه شرط فى بعض المواضع دون البعض لانه ليس بشرط

فى الزوجة الصغيرة ولكن حمل الكلام على الحقيقة ممكن فلا حاجة الى المجاز
قوله لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ينتقض بان الموصى له
بالخدمة يملك اتلاف منافع العبد بالاستخدام ولا يجوز اجارة
اتلاف المنافع بالاستخدام لا يستلزم صحة اجارته وقد يجاب بان اجارة
المنافع انما يجوز ممن يملكها على سبيل اللزوم كالمستاجر اما من يملكها
لا على اللزوم كالمستعير فانه لا يجوز اجارته واما الموصى له فهو وان كان
يملكها على سبيل اللزوم فاللزوم فيها عارض اذ لا رجوع فيه الا للموصى
وانه قد مات فلزم ملك المنافع بالعارض ولا معتبر بالعوارض
فى قواعد الشرع فكان له حكم المستعير لا حكم المستاجر وهذا الجواب
ايضا لا يتم حيث يشكل اذا تهايئا فى دار او دارين فاجر كل منهما
فى نوبته جاز مع انه لا يملك المنافع على سبيل اللزوم لان كلا من الشريكين
يتمكن من نقض التهايؤ بطلب القسمة من القاضى **قوله** ولا كذلك الملتقط
والعم اى اذا لم يكن الصغير فى حجرهما وبهذا يندفع التناقض كذا
فى الحاشية **وفيه نظر** لما ذكر الشارح انه لا يجوز للعم ان يواجر وان
كان فى حجره حيث قال عند قوله ولا يجوز للعم يعنى وان كان فى حجره
اما التناقض فقد ذكر الشارح لدفعه ثلثة اوجه احدها ان الاجارة
محمول على الضرورة وعدم جوازها على السعة وثانيها ان فيه روايتين
وثالثها ان معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم فى الصناعة حتى يكون
من جنس ما لا بد للصغار منه **قوله** صيانة للقضاء عن الهوان **قلت**
اذا كان فى ترك الرزق هوانا للقضاء وكان اشتراط القضاء فى جعل
له الرزق بمقابلته لزم ان يصح اشتراط الرزق ايضا الا يرى ان خلو
النكاح عن المهر لما كان اهانة للبضع المحترم جاز اشتراطه فى النكاح
ثم لما لم يجز اشتراط المال فى القضاء لزم ان لا يجوز اخذ المال بمقابلته
ايضا لان اخذ المال بمقابلة العبادة لا يجوز والجواب ان الاخذ ليس
بمقابلة العمل الذى هو القضاء بل بكونه محبوسا فى حقهم وذلك ليس بقضا
ليس بتام لان الاخذ متى جاز بمقابلة الحبس فليجز الشرط بمقابلته ايضا

كتاب احياء الاموات

قوله مما يمنع الزراعة يشير
الى ان الموات هو الذى خرج عن صلاحية الزراعة فيلزم ان لا يكون الارض
الصالحة للزراعة مواتا وان كانت بعيدة عن العمران ولا مالك لها كالارض
الصالحة التى فى المفاوز ثم اول كلام القدورى يشير الى ان الشرط
فى الموات هو كون الارض غير صالحة للزراعة سواء كانت مملوكة له اولم يكن

وسواء

وسواء كانت بعيدة عن العمران اولا وقوله مما كان عادتا الى اخره يدل
على ان البعد عن العمران غير مملوك او غير معلوم المالك ايضا
حيث قال مما كان منها اى من الاراضى التى خرجت عن صلاحية الزراعة
عادتا الخ **قوله** ولانه مال مباح الى اخره هذا التعليل انما يستقيم على قول
محمد لانه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمى فاما على قول ابى يوسف
فلا يتاتى فيما اذا كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف مالكه لانه ليس بمباح
بل هو كاللقطة يجب ان يكون حكمها حكم اللقطة لكن من احياها باذن الامام
ملكها بالنص **قوله** يحتمل انه اذن لقوم له نصب الشرع ولما كان يحتمل
الاذن حملنا عليه بدليل قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس
امامه ولهما ان يقوله هذا عام لا يمكن اجراؤه على العموم فكثيرا ما يكون
الشئ للمرء ولا يطلب فيه طيب امامه كتملكه بالارث والهبة والشراء
والصيد فيحمل على اخص الخصوص وبيت المال مراد اجماعا فسقط ارادة
غيره وجوابه ان الحديث محمول على مال العامة الذى يجب تصرف الامام
ولكن الكلام فى ان الموات من الاموال المباحة كالصيد والحشيش او
من الغنايم فوقع عنده انه مغنوم ووقع عندهما انه مباح فيكون تمسكه
بالحديث بناء على انه ثبت بالدليل ان الموات مغنوم لا مباح **قوله** ويجب
فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم فيه اشارة الى ان العشر
انما يجب اذا كان المحيى هو المسلم اما لو احياها ذمى ينبغى ان يجب فيه الخراج
قوله لان ما دونها من الايام والشهور ولا يفى بذلك وعليه منع ظاهر
لجواز ان يكون بين داره والارض الموات مسافة يسيرة يمكن قطعها
بما دونه وجاز ان يهيئ الامور بزمان يسير فالقول بانه لا يفى بهذا الا
بثلث سنين يحتاج من يتامل **قوله** لان فى الاراضى رخوة يقال
ارض رخوة اى سهلة يعنى فى الاراضى ارض رخوة فعسى ان يكون الارض
رخوة فيتحول الماء الى ما حفر دونها فيتضرر به صاحب البئر **قوله**
فيتحول الماء الى ما حفر دونها اى عندها او دون الاربعين وقد يقال
لو كان التحول والانتقال فيما دون اربعين ذراعا يوجب تقدير الماء
الجارى حكما باربعين فى اربعين لا بعشر فى عشر **قوله** وله ما روينا
من غير فصل وهو قوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها اربعون ذراعا
عطنا لماشيته **فان قيل** قيد فى الحديث بالعطن فكيف يكون
من غير فصل **اجيب** بان قوله عليه السلام عطنا متعلق بقوله اربعون
ذراعا اى له هذا المقدار ليكون عطنا فيكون التقدير المذكور مطلقا

مطلقا وليس بمتعلق بقوله حفر حتى يتعلق بغير العطن يعرف بالتامل وقد
اجيب في الشرح بان التقييد بالعطن اتفاقي قيده باعتبار الغالب
قوله والعام المتفق على قبوله وهو قوله من حفر بئرا فله مما حولها اربعون
ذراعا فان قلت لا نسلم انه عام بل هو خاص في بئر حفر للعطن حيث قال
في آخره عطنا لماشيته اجيب انه انما يصير خاصا اذا كان قوله عطنا
متعلقا بحفر على معنى حفر لاجل العطن وليس كذلك بل هو متعلق
لقوله فله اربعون اي جعل له اربعون ليكون عطنا لماشيته فكان عاما
قوله اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله قلت قوله عليه السلام في خمس
من الابل شاة مطلق عن قيد السوم متفق على قبوله ثم انكم قيدتموه
بالخاص المختلف على قبوله وهو قوله عليه السلام ليس في العوامل والحوامل
والعلوفة صدقة فان مالكا رح لا يعمل به حتى اوجب الزكوة في غير
السايمة ايضا وجوابه قد مر في كتاب الزكوة قوله والذراع هو المكسرة
اي ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر بقبضة
قوله وقد بيناه اي بينا في كتاب الطهارات في بيان الحوض الكبير
كذا في بعض الحواشي فانه حوالة غير رايجة حيث لم يذكر تقدير الذراع
في الطهارات بل قال وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع
الكرباس توسعة للامر على الناس وفسر بعضهم ذراع الكرباس
بسبع قبضات باصبع قايمة في المرة السابعة وقالوا وانه اقصر من ذراع
المساحة باصبع وعن هذا ذكر الشارح ان قوله وقد بينا معناه
وبينا الوجه في ان الخمسمائة تعتبر من كل جانب لانه لم يذكر بيان الذراع
المكسر فيما تقدم ولكن لم يبين فيما سبق ما يصلح دليلا على ان المعتبر هو
خمسمائة ذراع من كل جانب وكنا اتيناه قوله من قبل وذكر بعد قوله
والذراع هي المكسرة ولو كان المقصود ما ذكر الشارح ارلوه عند
قوله من كل جانب قال ظاهر انه اراد البيان في غير هذا الكتاب ومثل
وقع من المصنف في غير موضع قوله ان يصلحه اي يصلح حريمه الذي افسده
الحافر الثاني بكبس البئر الثانية وبكبسه يعتبر الاصلاح والله اعلم
فصول في مسائل الشرب فصل في المياه قوله
كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء اي الخلاء والمراد بالانتفاع المشترك
بينهم في الهواء هو انتفاع التحيز وشغله بالجسم فان الكل في هذا الانتفاع
سواء لان الحاجة اليه فوقها الى الماء والهواء وان كان قد يملك بتبع
الارض على ما عرف فمملوك الشخص قد يكون يتعلق به حق الغير كالحائط

يكون لاحد ولغيره يكون حق وضع الجذوع وهذا لان الانتفاع بالهواء
متوارث بلا استطاع راي احد من غير نكير قوله على الاطلاق اي اضر
او لم يضر والضرر في الشفة هو انقطاع الماء بكثرة الواردين بخلاف
الانهار المملوكة فان لمالكها ان يمنع من الشفة عند خوف انقطاع الماء قوله
ان كان اي الكرى لا يضر بالعامة ولا يكون النهر اي النهر العظيم مثل جيحون
في ملك احد لانها مباحة في الاصل لانها مقهورة بالماء وقهره يمنع قهر غيره
فلا يكون في ملك احد وفي الحاشية اي النهر الذي كرى وانه مشكل حيث
لا يترتب عليه التعليل بقوله لانها مباحة في الاصل الخ لان النهر الذي كرى
جاز ان يكون مملوكا لاحد بان وقع الكرى في الملك الخاص لا ان يراد
بالكرى كرى ما تركه النهر العظيم مع احتمال عوده اليه فانهم اذا كروا الموضع
الذي تركه البحر لا يكون النهر الذي كروه مملوكا لهم لان الموضع الذي تركه
الماء ليس بمملوك لاحد لانه كان مقهور الماء وقهره يمنع قهر غيره قوله
بقيت فيه شبهة الشركة فان قلت فينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله
خلق لكم ما في الارض جميعا اجيب بعد تسليم ان الاية تدل على اباحة جميع
الاشيا لكل احد بان المعتبر من الشبهة هي التي يمكن الاحتراز عنها في الجملة
اما التي لا يمكن الاحتراز عنها فغير معتبر والشبهة التي جاءت بحكم هذا النص
مما لا يمكن الاحتراز عنه واعتبارها يؤدي الى سد باب القطع وانه
مفتوح فصل في كرى الانهار قوله ولا جبر لحق الشفة اي
لا يجبر الا بي لحق الشفة لجميع الناس وان كان حق الشفة حق العامة كما
اذا امتنعوا عن الكرى جميعا فانهم لا يجبرون على الكرى لحق الشفة فكذا
اذا امتنع واحد منهم وفي الحاشية اي اهل الشفة لا يجبرون على الكرى
وفيه ضعف ظاهر لان مسئلة اهل الشفة سياتي في اخر الفصل حيث
قال وليس على اهل الشفة شيء من الكرى لانهم لا يحصون ولانهم اتباع
هذا لفظه فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قوله فان كان لا على
منهم لا يشرب اي لا يمكنه ان يسقي ارضه تمامها الا بالسد بقرينة قوله
ولكن يشرب بحصته سقي بمقدار ما يجري من الماء الى ارضه بلا سد
سواء وصل الماء الى ارضه كلها او بعضها وذلك انه لو لم يمكنه السقي اصلا
الا بالسد لم يترتب عليه قوله ولكنه يشرب بحصته ويمكن ان يراد بقوله
لا يشرب لا يحل بسقي الارض الا بالسد او يقال لا يشرب يعني باخراج
لغوهة بغير حيلة اخرى وقوله ولكنه يشرب بحصته اي بطريق يمكن
بالدالية ونحوه قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع به

لان الورثة يقومون مقام المورث فى املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث
ما لا يملك بغيره كالقصاص والدين والخمر والوصية اختا الميراث
كذا فى الكافى وفيه نظر لان الدين قد يملك بالهبة ممن عليه الدين
والخمر تملك بالشراء الا يرى انه لو وكل مسلم نصرانيا بشراء خمر او خنزير
جاز عند ابيحنيفة ويملكه الموكل وجوابه ان الدين لا يملك بالهبة ممن عليه
بل يسقط والخمر ان كان يملك فى صورة التوكيل ثم موكله يملك خلافة
عن الوكيل فكان فى معنى الارث فلا ينتقض قوله ولا يصلح بدل
الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود وما لا يملك بشئ من العقود
فالصلح عليه باطل وصاحب الحق على دعواه كذا فى الكافى وفيه نظر
لان عفو القصاص يصلح بدل الصلح وانه لا يملك بشئ من العقود ذكر
الشارح فى كتاب الصلح نقلا عن المبسوط انه لو صالح على ان عفى
هذا الدم على ان عفى الآخر عن القصاص له قبل رجل آخر جاز ثم فاك
فى الفرق بين الصلح والنكاح من حيث ان القصاص يصلح بدل الصلح
على نحو ما ذكر ولا يصلح مسمى فى النكاح ان كل واحد منهما فى الصلح اسقط
حقه عماله من القود وكل منهما متقوم صالح للاعتياض عنه حتى صح
المال عوضا عن القصاص فيجوز ان يجعل احدهما عوضا عن الآخر
لكونه متقوما بخلاف النكاح لان الشرط فى الصداق ان يكون مالا
والقصاص ليس بمال والشرط فى الصلح ان يكون ما يستحق بالصلح
متقوما وذلك موجود فى القصاص الى هنا لفظه فظهر انه لا يملك
بشئ من العقود قد يصلح بدل الصلح فلا يستقيم التعميم بقوله ان ما لا يملك
بشئ من العقود فالصلح عليه باطل وجوابه ان ما لا يملك بشئ من العقود
فالصلح عليه انما يبطل اذا كان الصلح معاوضة وتمليكا اما اذا كان اسقاطا
محضا فلا يشترط له ان يكون بدل الصلح مما يملك بشئ من العقود والله اعلم

كتاب الاشربة

فى ذكر الاشربة بعد الشرب مراعاة
لصنعة الاشتقاق وهو الجمع بين اللفظين يجمعهما الاشتقاق او شبهه
قوله سمى هذا الكتاب بها اى بكتاب الاشربة لما فيه من بيان حكمها
هذا معلوم بالبديهة لا يحتاج الى بيانه دليلا لم يذكره مثله فى شئ
من الكتب السالفة والآتية ولا يعرف لتخصيصه بهذا الكتاب وجه
فكانه اوصى على وجوب الاهتمام والاستقصاء فى بيان احكام
الاشربة بحيث لا يترك منه ما هو ظاهر معلوم بالبديهة فكيف
ما هو محتاج الى البيان قوله الاشربة المحرمة اى التى حرم عينها قليلها وكثيرها

قوله وهو اى الخمر ذكر الضمير وان كان الخمر مؤنثا سماعيا بتاويل الشرب
المحرم قوله عصير العنب وهو ما يخرج من مائه بعد العصر وفيه احتراز
عن ما انبذ فيه العنب فيخرج حلاوته والعنب هو الرطب من ثمر الكرمة
ويجب ان يقيد العصر بالنى لان الخمر يجب ان تكون نيا لان المطبوخ منه ليس
بخمر وان غلا واشتد وقذف بالزبد قوله احدها فى بيان ماهيتها
وهو النى من ماء العنب الخ لا يخفى ان هذا بيان لما وضع له لفظ الخمر
وتعيين مسماه لغة كما يقال الغضنفر الاسد وليس ذلك بيان الماهية
اذ الماهية عبارة عن الجنس والفصل وهذا الذى ذكره لا يتضمن
بيانهما فلا يكون بيانا للماهية بل تعيينا لمسماه وبيانا لما وضع له لفظ الخمر
يدل عليه قوله وهو المعروف عند اهل اللغة فانهم انما يفسرون المفهومات
والمسميات دون الماهيات فكانه سماه ماهية باعتبار انه يشبه
الماهية لان قوله النى من ماء العنب كالجنس يتناول الخمر وغيره وقوله اذا
صار كالفصل من حيث انه يخرج ما سوى الخمر قوله وهو النى الخ اعاد تعريف
ولم يكتف بما ذكر فى الكتاب حتى لم يحله اليه اما لتنبيه ان المراد من العصير
هو النى منه دون المطلق الشامل للمطبوخ والنى واما ليذكر التعريف
الشامل لنوعى الخمر اعنى الكامل والقاصر وتعريف الكتاب نوعى
لا ينا ولا الا الفرد الكامل منه المعتبر فى الاحكام على ما يجئ تحقيقه
قوله ولانه مشتق من مخامرة العقل لا يخفى انه لو كان مشتقا لكان
مشتقا من المخامرة لا من مخامرة العقل مع اعتبار اضافته الى العقل وهو
هذا الامثل ان يقال الضرب مشتق من ضرب الرجل فكانه اراد انه
مخامرة العقل صفة لازمة للخمر غير منفكة عنه كانه مشتق منه كما قيل
خلق الانسان من عجل لما كانت العجلة صفة لازمة للانسان جعل كانه
خلق منه وحاصله ان مخامرة العقل من الصفات اللازمة للخمر سمى بهذا
الاسم لملازمة هذه الصفة اياه فيكون كل مسكر خمرا لوجود هذه الصفة
فيها قوله ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه فان قلت
اختصاص الاسم بالشئ لغة لا ينافى ان يكون منقولا فى الشرع الى ما هو
اعم وقد نقله النبى صلى الله عليه وسلم الى الاعم حيث قال كل مسكر خمر
قلت قوله عليه السلام كل مسكر خمر يحتمل بيان الحكم ويحتمل بيان الحقيقة
الشرعية فلا يثبت النقل من اللغة الى المعنى الشرعى بالاحتمال ثم لما
احتمل واحتمل حمل على القدر المتيقن وهو بيان الحكم لان فى بيان الحقيقة
الشرعية ايضا بيان الحكم وايضا الاخبار قد اختلفت فقد روى

كل مسكر خمر وروى الخمر من هاتين الشجرتين وروى الخمر من خمسة فتعذر
ان يجعل احدى هذه المعانى الثلثة حقيقة شرعية فتساقطا لكل
ونفى المعنى اللغوى هو المعتبر على ان ما روى من قوله عليه السلام حرمت
الخمر بعينها والسكر من كل شراب اشارة الى ان الخمر ليست باسم كل
مسكر وذلك ظاهر **قوله** ولهذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره غيره
قلنا اشتهر اسم السارق فى غير النباش والطرار وفيهما اشتهر غيره
وهو النباش والطرار مع ان السارق حقيقة فى الكل **قوله** ولان حرمة
الخمر قطعية وهى فى غيرها ظنية **وفيه بحث** لان كون الحرمة قطعية
ليس من لوازم الخمرية حتى يلزم بالقول بكونه خمرا قطعية حرمته بل هو
باعتبار قطعية الدليل المحرم ويتناوله الدليل القطعى قطعا وما اختلف
فى كونه خمرا لم يتناوله الدليل القطعى وهو قوله حرمت عليكم الخمر قطعا
لان الاختلاف المعتبر يورث الشبهة فلا يثبت الحرمة فيه يقينا بالفرق
وبالجملة ان المستلزم لقطعية الحرمة انما يتناول الاية القطعية قطعا
ولا ملازمة بين الخمرية المطلقة وقطعية الحرمة حتى يلزم من انتفاء
قطعية الحرمة انتفاء الخمرية الا يرى ان اسم الخمر يثبت بالاشتداد
قبل القذف بالزبد عند ابى يوسف ومحمد رح مع ان الخمرية حينئذ
ليست بقطعية لانها مجتهد فيها لان ابا حنيفة لا يقول بها الا بعد القذف
بالزبد وكذا ساير الاشربة عند الشافعى يثبت له اسم الخمر مع كون الحرمة
ظنية **قوله** وانما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل وقد يقال هذا
معارضة فى علية الاصل وهى باطلة الا ان يقال انه من باب الممانعة
دون المعارضة اذ المعارضة هى ابداء علية مبتداء من غير تعرض لعلة
الخصم وقد تعرض هنا بالمنع حيث قال لا لمخامرته وكان ممانعة لا
معارضة فكانه منع علته ثم علل بعلة اخرى ومثله جايز وايضا التعليل
بالتخمر تعليل بعلة قاصرة وهو باطل عندنا وايضا التعليل فى الاحكام
لا فى الاسماء اللغوية على ما يجىء فى الكتاب اللهم الا ان يجعل كل ذلك
بناء على زعم الخصم فانه جوز التعليل بالقاصرة لتعدية الاسم ايضا
ويقال التعليل بالقاصرة انما لا يجوز فى الاحكام الشرعية واما
فى الاسماء فلا منع منه ثم التعليل فى الاسماء اللغوية انما لا يجوز للتعدية
الى شىء اخر اما التعليل لبيان وجه التسمية فلا منع من ذلك وايضا
التعليل بالصد يناسب التعليل بالمخامرة دون التخمر وقد يجاب بان
قوله ويصد كم بيان لنكتة التحريم وعلته وجاز ان يكون التحريم لعلة الصد

وتسميته

وتسميته خمرا للتخمر وذلك ظاهر وايضا التعليل بالتخمر لا يمنع قياس
ساير المسكرات على النى المذكور اما ان كان التخمر بمعنى التستر مطاوع التخمير
بمعنى التغطية وهى الستر يقال خمر وجهه اى ستر فظاهر لان الخمر انما
سمى به لستر العقل بشربها فكان التعليل بالخمر مثل التعليل بالمخامرة وكذا
ان كان بمعنى تغير الرائحة كالاختمار كما قال ابن الاعرابى سميت الخمر خمرا
لانها تركت فاختمرت اى تغيرت رائحتها وكل نبيذ مسكر يتغير رائحته
فلا يوجب اختصاص الاسم ايضا وكذا ان كان بمعنى الشدة لوجودها
فى كل شراب مسكر واما اذا كان التخمر بمعنى صيرورته خمرا فظاهر الفساد
اذ التخمر بهذا المعنى فرع الخمر فاستحال ان يكون اسم الخمر فرعه لا يقال
كمال الشدة مختصة بالخمر لان كمال المخامرة ايضا مختص بها فلا يفيد العدول
عن التعليل بالمخامرة الى التعليل بالتخمر **قوله** وعندهما الخ **فان قلت**
الخمر اسم لغوى يتلقى من اهل اللغة وهم ان كانوا يسمون النى المسكر بنفس
الاشتداد خمرا وان لم يقذف بالزبد فلا وجه لما يقوله ابو حنيفة من اشتراط
القذف بالزبد وان كانوا لا يسمون خمرا الا بعد القذف بالزبد وكونه
عن الغليان فلا وجه لما يقولان وايا ما فلا وجه لهذا الاختلاف
اجيب بان الخمرية وان كانت تثبت بنفس الاشتداد لكن النزاع فى ان
الخمر متواطى لا يتفاوت افراده كمالا ونقصانا ام مشكك بعض افراده
كامل ينصرف مطلق اللفظ اليه وبعض قاصر لا ينصرف مطلقه اليه ولا
يثبت الحكم فيه الا بالنية فوقع عنده انه مشكك فلا ينصرف لفظ الخمر
الواقع فى اية التحريم الا الى الفرد الكامل وهو النى المسكر الذى قذف
بالزبد ولا يثبت الحرمة الا فيه ويبقى فرده الناقص على الاباحة الاصلية
ووقع عندهما انه متواطى فيقع على القاذف بالزبد وغيره على السواء ونظيره
اللحم فانه ينصرف عند الاطلاق الى الدموى ولا يتناول لحم السمك
الا عند النية فعلى هذا التحقيق التعريف المذكور فى الكتاب من قوله
عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد تعريف لما هو المحرم المراد
بآية التحريم لا لمطلق الخمر فتامل **قوله** لان الاسم يثبت به اى اتفاقا
فكان تمسكا بالاجماع فكانه قال ولا يشترط لثبوت هذا الاسم للنى القذف
بالزبد لان الاسم يثبت بمجرد الاشتداد بالاجماع وبه يسقط ما توهم
ان هذا تعليل بعين المدعى فتامل **قوله** وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر
فى الفساد وهو الصد عن ذكر الله وايقاع العداوة والبغضاء وذهاب
العقل التشريف يحصل بالاشتداد ولا يتوقف ذلك على القذف بالزبد

فان قلت احالة الحرمة الى هذه المعانى تشير الى ان حرمة الخمر لهذه المعانى لا بعينها وسيأتيك ان الخمر حرام بعينها اجيب بان المعنى بحرمة العين ان يكون قليلها حراما والمعانى المؤثرة فى الحرمة موجودة فى القليل ايضا لان قليلها لافضائه الى الكثير فى حكم الكثير فكانت المعنى موجودة تقديرا فيكون قليلها وكثيرها حراما دون قدر المسكر منه كما فى المثلث العنبى قوله وسكونه اشارة الى ان السكون ايضا شرط فيجب ان يؤخذ فى حد الخمر السكون بان يقال عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وسكن من الغليان فكانه اراد قذف كل الزبد واذا قذف كل الزبد يسكن لا محالة واكتفى بذكر القذف بالزبد عن ذكر السكون قوله واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وبقال لاحكام الخمر قطعا انما يناط بما هو خمر يقينا والخمر اليقينى ما وضع له اللفظ فى لغتهم ولا شبهة فى ثبوت اسم الخمر فى لسانهم لمجرد الاشتداد حيث يثبت للنى المسكر اسم الخمر بالاجماع فلا يؤدى الى تعلق حكم بالخمر يقينا بما ليس بخمر يقينا وبالجملة ان كون احكام الخمر قطعية يستدعى قطعية الخمرية لا كونه فردا كاملا من الخمر والفائت قبل القذف هو كونه فردا كاملا لا قطعية الخمر على ما حققناه ان اسم الخمر يثبت بمجرد الاشتداد غير انهم اختلفوا فى ان افراده مختلفة كمالا ونقصانا اولا فالاولى ان يعلل من قبل ابى حنيفة بان الكمال لما كان موقوفا على القذف بالزبد كان الخمر مشككا فينصرف لفظه فى اية التحريم الى الكامل منه فلا يتعلق الحرمة والحل واكفار المستحل الا بما ينصرف اليه مطلق لفظه وهو القاذف بالزبد قوله وحرمة البيع قلت الحد واكفار مستحلها ان صح تعليقهما بما هو كامل فى الخمرية لوجوب درء الحد بالشبهة والكف عن التكفير بالشبهة فالحرمة ثبوتها مما يجتمع مع الشبهة لوجوب الاحتياط فيها الا ان يراد بحرمة البيع ثبوت حرمتها يقينا ونفس الحرمة ان كانت مما يصح تعليقها بما فيه شبهة فكونها يقينية يستدعى الكمال القاطع للشبهة المنافية لليقينية والله اعلم قوله ولان قليله يدعو الى الكثير لرقته ولطافته كذا فى الحاشية وهذا من خواص الخمر اى دعوة القليل الى الكثير من خواص الخمر وقد يشكل بان دعوة القليل الى الكثير لمعنى الرقة واللطافة على ما صرح به فى الحاشية وهذا المعنى لا يختص بالخمر لوجوده فى الباذق والمنصف على ما يجىء مصرحا فى الكتاب فكيف يختص دعوة القليل الى الكثير

بالخمر اللهم الا ان يراد الاختصاص بالنسبة الى المثلث ونحوه فيجىء يستقيم نعم يشكل بان حرمة القليل لو كان باعتبار ان قليله يدعو الى كثيره لارتفعت الحرمة اذا طبخ الخمر حتى ذهب ثلثاه حيث يصير غليظا لا يدعو قليله الى كثيره قوله ثم هو غير معلول اى تسميته خمرا وكونه حقيقة فى النى المذكور غير معلول بعلة المخامرة لانه خلاف السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ففيه دليل على المغايرة بين الخمر وساير الاشربة من حيث التسمية كما لا يخفى ذلك على من له ادنى تمييز فى معرفة اساليب الكلام ولانه لو كان كل مسكر خمرا حقيقة كان المعنى حرمت الخمر لعينها والسكر من كل خمر وهذا مما لا معنى له ولانه لو كان كل مسكر خمرا حقيقة لكان عينها حراما والنبى عليه السلام حرم سكرها لا عينها لانه قسم الحرمة الى حرمة العين وحرمة السكر فجعل الاولى للخمر والثانية لساير المسكرات والقسمة تقطع الشركة وبهذا يسقط ما يقال ان قوله تعالى ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة دليل واضح على انه معلول بعلة الصد عن ذكر الله فلا معنى لقوله هو غير معلول ووجه السقوط انه لم يرد بقوله غير معلول انه غير معلول حرمته بعلة الصد ونحوه حتى يخالف اشارة المصنف بل اراد ان تسميته خمرا وكونه حقيقة فى النى المذكور غير معلول بعلة مشتركة بين جميع المسكرات حتى يكون ساير المسكرات خمرا حقيقة بدليل قوله بعد هذا وتعليل التعدية الاسم فلا مخالفة لان النص يدل على ان حرمته معلولة بعلة الصد والمعنى هو تعليل الاسم قوله لثبوتها بالدلايل القطعية ولو ثبت بدليل ظنى غير معارض بدليل يوجب الطهارة لكانت مغلظة فكيف وقد ثبت بالدلايل القطعية قوله ولا يجوز بيعها لان الله تع لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها ويشكل هذا بالسرقين فانه متقوم مع انه نجس العين فكانه اراد بلما نجسها وحرم الانتفاع بها فقد اهانها من كل وجه والبيع اعزاز من وجه فلا يجوز بخلاف السرقين فانه وان كان نجسا الا انه جاز الانتفاع شرعا فكان مهانا من وجه عزيزا من وجه فيصح بيعه او نقول ان المسقط للتقوم هو الهوان الثابت من كل وجه وانه انما يثبت اذا ثبت النجاسة يقينا بدليل قطعى كنجاسة الخمر ونجاسة السرقين والثلثة الاخيرة من الاشربة ظنية فلا يوجب الهوان المطلق المسقط للتقوم يجوز بيعها قوله لان الانتفاع بالنجس حرام لانه واجب الاجتناب

وفي الانتفاع به اقتراب وهذا يشكل بالروث والعذرة المخلوطة وكذا
الدهن النجس فانه يجوز الانتفاع بهما مع نجاستهما الا ان يقال جواز الانتفاع
بها اذا كانت النجاسة مغلوبة والاعتبار للغالب ويقال هذا جواب
القياس ولكنا استحسنا في السرقين لحاجة الناس الى القائها في الاراضي
والتطيين بها وجعلها وقودا فجوز الانتفاع للضرورة كما جوز الخرز بشعر
الخنزير **قوله** وهو قول بعض المعتزلة لعنهم الله اللعن على نوعين احدهما
الطرد من رحمة الله وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة
الابرار ومقام الصالحين وهو مراد هنا لقوله عليه السلام لا تكفروا
اهل قبلتكم **قوله** واما نقيع التمر وهو السكر فهو النيء من ماء التمر اي الرطب
فهو حرام مكروه وانما فسر التمر بالرطب هنا لما ان الشراب المتخذ من التمر
اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال عند ابي حنيفة رض وابي يوسف رح
على ما يجيء في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب الى اخره وهذا
السكر حرام كذا في الشرح **قلت** نعم هو حلال عندهما ولكن بشرط الطبخ
والمذكور هنا النيء اي غير المطبوخ وجاز ان يكون النيء من نبيذ التمر حراما
وبعد الطبخ يصير حلالا حيث يذهب الرق ويصير غليظا لا يدعو قليله الى كثيره
وفي الشاهان وفائدة تفسير التمر بالرطب ان في نقيع اليابس ينبغي ان يكون
خلاف الاوزاعي كما في المطبوخ قليلا من عصير العنب والجامع ان في الاول
ذهب البعض بالنار وفي الثاني بالشمس والحاصل انه ذكر خلاف الاوزاعي
في الزبيب لانه ذهب بعضه بالشمس وهذا المعنى ثابت في التمر ولما لم يذكر
فيه خلاف الاوزاعي علم انه اراد بالتمر الرطب لانه لا يخالفنا في الرطب
انما يخالفنا في اليابس من التمر هذا كلامه **قلت** قوله ويأتي فيه خلاف
الاوزاعي يمكن صرفه الى القسمين الاخيرين جميعا فيكون خلاف الاوزاعي
مذكورا فيهما ولا يكون ذكر خلافه متروكا في القسم الثالث حتى يدل على ان
المراد بالتمر في القسم الثالث الرطب ولو سلم انه منصرف الى القسم الاخير
خاصة فلا يخفى ان الحكم بتأتي خلاف الاوزاعي في القسم الاخير من المصنف
لا من صاحب القدوري والحاجة هنا الى نكتة تفسير التمر بالرطب انما هي
في كلام القدوري واستحال ان يكون الحكم من المصنف بتأتي خلاف الاوزاعي
في القسم الاخير دون القسم الثالث دليلا على ان القدوري اراد بالتمر
الرطب لا لاية آل الى ان المراد بالتمر في القسم الثالث الذي ذكره القدوري
الرطب لاني قد حكمت بتأتي خلاف الاوزاعي في القسم الاخير ولو كان
التمر في القسم الثالث على الحقيقة لحكمت بجريان خلافه في القسم الثالث ايضا

وجبت

وجبت لما حكم بجريان خلافه في القسمين لانهما من واد واحد وفساده
غير خاف على من له ادنى بصيرة والاوضح ان يقال التمر اسم لهذا التمر من اول
ما ينعقد الى الاخر بحيث قال نبيذ التمر كان مظنة ان يتوهم ان المراد بالتمر
هذا التمر من اول ما ينعقد وليس كذلك بل المراد به الرطب اي ما بعد
البسر اعم من ان يكون رطبا او يابسا والله اعلم **قوله** حقيقة في رواية
لتعارض النصين فيه وهو قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا
وقول النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وكذا اختلف فيه العلماء
قوله ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد رضي الله عنه سقاني ابن عمر
رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان
المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن الجمع
بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والتمر محمول على حال الشدة وكان ذلك
في الابتداء بدليل حديث عائشة رضي الله عنها كنت انبذ لرسول الله عليه السلام
تمرا فلم يشربه فالقيت فيه زبيبا **قوله** لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما **قلت** قوله عليه السلام الخمر من خمسة
اشياء وذكر العنب والتمر والحنطة والشعير والعسل وفي رواية نعمان بن
بشير رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام ان من الحنطة خمرا ومن الشعير
خمرا ومن التمر خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل خمرا كل ذلك ينفي اختصاص
التحريم بالكرمة والنخلة ويشعر بان المراد بقوله الخمر من هاتين الشجرتين ان معظم
ما يتخذ منه الخمر هاتان الشجرتان **قوله** او لاحترامه مشكل اذ احترامه يقتضي
ان يحرم الانتفاع بجميع اجزائه الا يرى ان الادمي لما كان محترما حرم شرب
لبنه ايضا وكذا الرمكة لما كانت محترمة لكونها آلة الجهاد وجب ان يحرم
لبنها لانه من اجزائه **قوله** ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر
من كل شراب **قلت** هذا الحديث قد خص منه الاشربة الثلاثة الاخيرة التي
هي من الاربعة المحرمة كما مر ذكره والمخصص هو ما روي عنه عليه السلام انه قال
الخمر من هاتين الشجرتين اي ما يتخذ من هاتين الشجرتين من الاشربة فله حكم الخمر
ولا يخفى ان المثلث العنبي متخذ من هاتين الشجرتين فيجب تخصيصه عن قوله
والسكر من كل شراب والتفرقة بين المثلث وغيره بالرقة والغلظة
راي ولا معتبر بالراي مع وجود النص **قوله** اذ العطف يقتضي المغايرة
الظاهر انه دليل على ان المراد بقوله من كل شراب غير الخمر ولا يخفى ان المعطوف
هنا انما هو السكر لا كل شراب فلو اقتضى العطف المغايرة يثبت المغايرة

الشعير

بين السكر والخمر لا بينها وبين كل شراب لان المعطوف على الخمر هو السكر
دون كل شراب والمطلوب اثبات المغايرة بين الخمر وكل شراب لا
بين الخمر والسكر فالدليل لا يمس جانب المدعى وما قيل في جوابه ان
المدعى ان المراد بالسكر حقيقته دون المسكر على معنى المسكر من كل شراب
اذ لو اريد المسكر لم يتحقق المغايرة بين المعطوف عليه من كل وجه
بل يكون من باب التعميم بعد التخصيص والمغايرة بين العام والخاص
مغايرة من وجه ففيه بحث لان المعنى والحكم على تقدير ان يراد
بالسكر حقيقته او المسكر واحد اذ قوله حرمة الخمر بعينها والمسكر
من كل شراب يدل على ان الخمر حرام لذاته سواء اسكر او لا وساير
الاشربة حرام بصفة الاسكار ولا يخفى ان معنى قولنا المحرم هو
السكر من كل شراب وقولنا المحرم من كل شراب هو ما اسكر منه
واحد ولا يتوقف المقصود على نفي ارادة المسكر حتى يحتاج اليه فيقام
عليه الدليل قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب اي عصيره والتمر اي
عصير الرطب وبين التمر اي نبيذه والزبيب اي عصير الزبيب اي العنب
وليس المراد بالزبيب نبيذه حتى يخالف ما مر في المختصر ان نبيذ الزبيب
حلال عند ابي حنيفة اذا طبخ ادنى طبخة ويدل عليه قول قول المصنف
وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا حيث نبه على ان المراد
بالزبيب هو العنب اي عصيره فلا يحتاج الى حمله على رواية هنا وهي
انه يشترط في نبيذ الزبيب زوال ثلثيه بالطبخ قوله حتى يذهب ثلثاه
يشكل بان الواجب لما كان ذهاب ثلثي العنب وجب ان لا يحل اذا ذهب
ثلثا المجموع من العنب والتمر لاحتمال ان يكون الذاهب من التمر اكثر
من الذاهب من العنب ويكون الذاهب من المجموع ثلثا المجموع قوله لان
الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قلت قد علل حرمة قليل الخمر بقوله وانما
يحرم منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه ولا يخفى ان
دعوة القليل الى الكثير لاجل الرقة واللطافة ينتفي بانتفاء الرقة وحدوث
الغلظة سواء حدثت قبل ثبوت الحرمة او بعدها فيجب ان يستوي
ذهاب الثلث قبل ثبوتها وذهابها بعد ثبوتها اذ الحكم ينتفي بانتفاء
العلة وجوابه ان التعليل المذكور ظني فلا يرتفع بانتفائه الحرمة الثابتة
يقينا اذ اليقين لا يزول الا بنفس مثله ولم يوجد بخلاف ما لم يثبت الحرمة
بعد حتى غلظ بالطبخ ثم اشتد وقذف بالزبد فان الخمرية فيه لم تثبت لان
الخمر اسم للنيء وهذا مطبوخ والعلة الموجبة لحرمة قليل الخمر وهي الدعوة الى الكثير

مفقودة

مفقودة فيه فلا يثبت الحرمة لا بالخمرية ولا بالدعوة لانعدامهما جميعا وقد كان
حلالا فلا يخرج عن الحل لعدم الموجب لخروجه عنه قوله ولا يكره تخليلها
لقوله عليه السلام نعم الادام الخل فان قلت روي ان انسا سال النبي
عليه السلام عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا اجعلها خلا قال لا
قلت تاويله ان القوم نفوسهم كانت الفة بالخمر وكل مالوف تميل اليه النفس
فخاف النبي صلى الله عليه وسلم دواخل الشيطان فنهاهم كيلا يتخذوا
التخليل وسيلة اليها فيلقيهم الشيطان فيها فاما بعد طول عهد التحريم
فالنفوس لا يخشى عليها هذه الدواخل حيث مرنت على الفطام عنها يؤيده
قوله عليه السلام نعم الادام الخل وخير خلكم خل خمركم كذا في المشكاة

كتاب الصيد

ذكر الصيد بعد الاشربة لان المقصود
من الاصطياد اللحم وعادة اهل الشرب اكل اللحم بعد الشرب فلهما
تقارن في الخيال حتى يقال شرابي وكبابي والجامع بينهما خيالي

فصل في الجوارح

قوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع
حتى الاسد لقوله عليه السلام اللهم سلط عليه كلبا من كلابك فسلط
الله تعالى عليه الاسد وقد ذكر المصنف رح في كتاب الحج ان اسم الكلب
لا يقع على السبع عرفا والعرف املك يعني ان الكلب الواقع في قوله
عليه السلام يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية
والكلب العقور ليس بمتناول لكل سبع كما قال الشافعي رح زعما
منه ان اسم الكلب يقع على كل سبع اذ اسم الكلب في العرف لا يتناول
كل سبع والعرف املك فعلى هذا كون اسم الكلب لغة لكل سبع لا ينفع
هنا بعدما كان مختصا في العرف اذ العرف املك قوله لان ما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال قلت
اما دلالة النص عليه فمشكلة لان التنصيص بالشيء لا يقتضي نفي ما عداه
نهاية ما يدل النص على حل صيد المعلم اما حرمة صيد غير المعلم فالنص
عنه ساكت ولئن قيل قوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله وقع حالا عن ضمير
المخاطب في قوله تعالى علمتم والاحوال شروط قلنا معنى قولنا الاحوال
شروط انها في قوة التعليق فقولنا اشتر لي هذا الغلام ان كان عالما وقولنا
اشتر لي هذا الغلام عالما اي حال كونه عالما بمعنى والتعليق لا يدل على العدم
عند العدم فكذا الحال ولو سلم ان الحال شرط حقيقي بمعنى ان الوجود
متوقف عليه فقوله تعلمونهن حال من ضمير علمتم فيكون العامل فيه هو قوله
علمتم لا قوله احل لكم فغاية الامر انه يدل على ان يكون شرطا للتعليم لا للحل

كما هو المطلوب على ان مناط الفائدة انما هو قوله مما علمكم الله فيكون
التقدير واحل لكم صيد ما علمتم من الجوارح مما علمكم الله فلا يدل على اشتراط
التعليم وحرمة صيد الكلب الجاهل الا بحكم التنصيص ونحن لا نقول به
واما الحديث فلا دلالة له عليه ايضا الا بحكم التعليق وقد عرف
من مذهب اصحابنا ان التعليق بالشيء لا يقتضي نفي الحكم عند عدم ما علق
عليه وغاية ما يمكن ان يقال ان النص والحديث يدلان على حل صيد الجارح
المعلم فيكون حل صيد الجاهل معدوما بالعدم الاصلي لا يصح القول بحله
الا بدليل اخر شرعي يدل على حله ولم يوجد فلم يتبدل العدم ولا معنى
لاشتراط التعليم سوى ان حل صيد المعلم ثبت بالدليل وبقي صيد الجاهل
على العدم الاصلي لعدم الدليل على الحكم بحله نعم اضافة اشتراط التعليم
الى النص والحديث نوع تساهل قوله ولان اية تعليمه ترك ما هو مألوفه
الخ قال في الكافي وهذا الفرق لا يتاتى في الفهد فانه متنفر كالبازي
والحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد عليه هو الاول هذا لفظه قلت
في الفهد كلاهما موجود والاحتياط في ترك الاكل فجعل حكمه حكم الكلب
كذا في بعض الحواشي لبعض الحذاق المهرة من علماء نهار رضا نهر الله عن البوار
ولكن لا نعرف وجه الاحتياط في ان جعل اية تعليم الفهد ترك الاكل
دون الاجابة عند الدعوة مع ان كلا منهما يصلح اية لتعليمه لان كلا منهما
ترك لما لوفه والله اعلم قوله فكانت الاجابة اية تعليمه وقد يقال الصالح
كل من الاجابة وترك الاكل اية للتعلم كان تعيين الاجابة اية له ترجيحا
بلا مرجح قوله ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وقد يقال الحيوان
قد يتعلم ترك الاكل بضربه وقد يتعلم بضرب غيره بين يديه كالفهد
فانه لا يضرب لترك الاكل بل يضرب الكلب بين يديه ليتعظ بالاتعاظ
فعدم تحمل بدن البازي لا يوجب ان يتعين الاجابة عند الدعوة اية
لتعلمه لجواز ان يضرب غيره بسبب الاكل فيتادب هو بتادب غيره وجوابه
ان ذلك مبني على جودة الطبع ونجابته وليس ذلك لكل حيوان فلا يقاس
البازي على الفهد لجواز ان يكون للفهد طبيعة الاتعاظ بوعظ غيره
ولم يكن ذلك للبازي ونحن نرى انه ليس للبازي طبع الفهد فلا يلحق
به قوله ولو ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس
بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار زيادة الطلب
وقد يشكل الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الكافي في اخر
فصل الرمي من قوله ولو رمى سهما الى الصيد ورمى رجل اخر فاصاب السهم الثاني

قوله فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ
باليقين ويقال في حمله على الجارح الكاسب حمل للكلام على عموم
المشترك وانه باطل عندنا وجوابه انه ليس يحمل الجوارح على المعنيين
جميعا بل المراد بالجوارح احدهما والاخر بتقدير موصوف له فيكون
التقدير الكواسب الجوارح والجوارح الكواسب وفي هذا التقدير
اخذ بالمتيقن لانه يحتمل ان يكون من الجرح بمعنى الكسب وبمعنى
الجراحة وعلى الاول لا يشترط الجراحة وعلى الثاني يشترط
فيشترط الجراحة ليحل بلا شبهة صح

السهم الاول وامضاه حتى اصاب الصيد وقتله حرجا ان كان السهم الاول
بحال فعلم انه لا يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للثاني لانه
الاخذ حتى لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم الاول
بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه سبق
في الاخذ وهو كاف بنفسه فان كان الثاني محرما او مجوسيا لا يحل
استحسانا لانه اوجب زيادة قوة في الاول فاوجب الحرمة احتياطا
هذا كلامه ووجه الاشكال ظاهر لان كلا من الاغراء والسهم الثاني
يوجب زيادة قوة في الة الصيد من غير ان يكون مؤثرا في اخذه حتى يكون
الصيد للمرسل دون المغري وللرامي الاول دون الرامي الثاني ثم الصيد
في مسئلة الاغراء حلال وان كان المغري مجوسيا وفي مسئلة الرمي
حرام اذا كان الرامي الثاني مجوسيا وانه يحتاج الى مزيد تامل لا يقال
الرمي الثاني مثل الاول فيصلح ناسخا للاول بخلاف الاغراء لانه دون الارسال
فلا يصلح لنسخه اذ لا بد وان يكون الناسخ مثل المنسوخ او فوقه لانا نقول
الرمي الثاني هنا لم يعتبر ناسخا للاول اذ لو جعل ناسخا له لكان الصيد
للثاني لانه الاخذ دون غيره وحيث جعل الصيد للاول علم ان
الثاني لم يجعل ناسخا له فصل في الرمي قوله ظنه حس صيد
اي صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح والجرح فلا يرد ما اذا سمع حس سمكة
فرماه فاصاب صيدا لم يحل اكله كذا قيل وفيه بحث اذ الخنزير لا يحتاج
في حل اكله الى الذبح مع انه لو سمع حسه ثم رماه فاصاب صيدا حل المصاب
فالاولى ان يقال اراد صيد البر بقرينة ان الرمي او الارسال انما يكون
في صيد البر ووجه تصحيح ما في الحاشية ان الخنزير ايضا يحتاج في حل اكله
الى الذبح في حق الكتابي اذ الخنزير لهم كالشاة لنا قوله ولان احتمال
بسبب دون اخر اعتبر ابو حنيفة رح هنا احتمال الموت بسبب اخر غير الذي
ظهر ولم يعتبر فيما اذا ظهر في البئر حيوان ميت حيث قال ان للموت سببا
ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه كذا ذكر المصنف رح في فصل
البئر فان قلت ابو حنيفة اخذ في الموضعين بالاحوط والاحتياط
في مسئلة البئر في اعتبار السبب الظاهر ليعيد صلوة يوم وليلة او ثلثة
ايام ولياليها وهنا في اعتبار المتوهم قلت قد نص في الكافي ان الاحتياط
انما يجب عند تساوي الاحتمالين فاما عند ترجح احدهما فلا اذ المرجوح
لا يزاحم الراجح قوله لان الموهوم في هذا اي في باب الصيد قيد به لان
بابه غير معقول وفي مثله الموهوم كالمتحقق كما مر ان الموهوم في باب السلم

لشرعه مع المنافي وكونه غير معقول كالمتحقق حتى يجب اعلام رأس المال
ومعرفة مقداره اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل لانه ربما يوجد
بعضها زيفا ولا استبدال في المجلس فلو لم يعلم قدره لايدرى في كم بقي
اوربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي هذا لفظ الكتاب وبه يخرج
الجواب عن الشبهة التي ذكرت قوله ثم اصابه ميتا لم يؤكل وقال الشافعي
رحمه الله يؤكل كذا ذكر الشارح وذكر في الكافي خلافه في الفصل الاول
حيث قال عند قوله اكل والقياس ان لا يحل وهو قول الشافعي لاحتمال
انه مات بسبب آخر وانه يشعر بانه لا يؤكل في الفصل الثاني عند الشافعي
رحمه الله بالطريق الاولى قوله اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير
وقد نقصه يشكل بما اذا جرح شاة الغير ومات منه حيث لا يضمن فيه
نقصان الجراحة اولا ثم قيمة الشاة مجروحا والفرق والله اعلم ان نقصان الجراحة
انما يجب اذا اندملت اوصارت في حكم الاندمال بان تعذر اضافة الموت
اليه اما اذا سارت الى الموت فالواجب فيه انما هو ضمان الاتلاف
والجراحة الثانية في مسئلة الصيد مما لا يمكن اضافة الموت اليه لمعارضة
الجراحة الاولى اياها فصارت في حكم الاندمال فيجب ضمان النقصان
ثم يجب ضمان نصفها لاحتمال الموت بالثانية واحتماله بالاولى فيوزع
الضمان عليهما واما في مسئلة الشاة فالموت فيها مضاف الى الجراحة
اذ الكلام فيما اذا ماتت بها ولم يندمل فيكون ذلك اتلافا لا تنقيصا ثم
اتلافا ثم يضمن النقصان ثم القيمة مجروحا قوله واما الثاني الخ قلت
تخريج هذه المسئلة يقتضي ان يكون الجواب فيما اذا جرح المالك شاته
بجراحة ثم جرحها الاجنبي وقد علم انها ماتت بهما او لا يدرى كذلك
بان يضمن الاجنبي اولا نقصان جراحة لانه جرح مملوك الغير وقد نقصه
ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية
ان كانت منه فقد ضمنها ثم يضمن نصف قيمة لحمه لانها مع الجراحة الاولى
كانت محلا للذكوة لولا الجراحة الثانية فالاجنبي بجراحته افسد عليه
نصف اللحم ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة وقد حل ضمان اللحم فيه

كتاب الرهن

عقب الصيد بالرهن لان كلا منهما من لوازم
الاشربة لان شرب المسكر كما يستلزم الاصطياد من حيث انه احد اسباب
يحضر اللحم الذي يعتاد الشارب اي بعد الشرب يستلزم الرهن ايضا
فان شارب المسكرات الملذة المطربة تغلب عليه السرور فيرهن لاجله

الاردية والاكسية والامتعة عادة الا انه قدم الاصطياد لان اكل
اللحم الزم لشرب الاشربة من الرهن لان الشرب لا يخلو عن اكله سواء كان
الشارب موسرا او معسرا فاما الرهن فربما ينفك عن الشرب اذا كان
الشارب موسرا قادرا على ايفاء ثمنها حالا قوله وفي الشريعة جعل الشيء
محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن ويصدق هذا التعريف على حبس
البائع المبيع من المشتري حتى يأخذ الثمن منه وحبس الوكيل بالشرى المشترى
من الموكل بحق ليستوفي الثمن منه وحبس المشتري المشترى من البائع بعد اقالة
البيع حتى يقبض الثمن منه وحبس المستأجر العين المستأجرة بعد انفساخ
الاجارة قبل انقضاء مدتها ليسترد منه الاجر بقدر ما انفسخت الاجارة
وحبس راد الآبق اياه حتى يأخذ من المالك الجعل ففي هذه الوجوه كلها
جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه ولو قيل جعل الشيء محبوسا بحق
يصير مستوفيا منه بالقبض ويتقرر الاستيفاء بالهلاك لسلم عن هذا الاعتراض
اذ الحق في هذه الوجوه لا يصير مستوفى بمجرد الحبس ولا يتقرر بالهلاك بخلاف
الرهن لا يقال هذه الوجوه تخرج بقوله من الرهن اذ لا رهن في هذه الوجوه
لان المراد بالرهن هنا الشيء المحبوس تحرزا عن تعريف الشيء بنفسه ولانه
من وضع المظهر موضع المضمر حتى اكتفى بالضمير في عبارة الكنز حيث قال هو
حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه منه الا ان يراد بالامكان الوقوع اي
يقع استيفاؤه واستيفاء الحق لا يقع الا من الرهن وان كان امكان الاستيفاء
يعم الكل جميع ما عددناه او يقال معناه حبس الشيء بحق يمكن استيفاؤه
منه بايجاب وقبول والحبس في الصور المذكورة ليس بايجاب وقبول
او يقال معناه يحتمل ان يتقرر استيفاؤه منه بالهلاك واحتمال صيرورة
الاستيفاء بالهلاك يختص بالرهن قوله كالديون قلت تعميم الحق في قوله
بحق يمكن استيفاؤه منه ثم تمثيله بقوله كالديون يشعر بان الرهن كما يكون
بالدين يكون بغيره ايضا فالاولى هنا ان يقال حبس الشيء بدين يمكن استيفاؤه
منه قوله ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء لان الراهن لا يتمكن
من الانتفاع بماله الا باداء الدين فيبعثه على الاداء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة بل اولى لان الاستيفاء مقصود من الوجوب فاذا
كانت الوثيقة مشروعة في جانب الوجوب الذي هو غير مقصود فلان كانت
الوثيقة مشروعة في جانب الاستيفاء الذي هو المقصود اولى ثم جعل
الكفالة وثيقة في جانب الوجوب على قول من جعل الكفالة ضم ذمة الى ذمة
في الدين ظاهر وكذا على قول من جعلها عبارة عن ضم ذمة الى ذمة في المطالبة

دون الدين لان المقصود من الوجوب انما هو المطالبة فيكون الوثيقة
في المطالبة كالوثيقة في الوجوب ولكن لو اعتبر كذلك لزم ان يكون
الرهن ايضا وثيقة لجانب الوجوب لان المقصود من الوجوب المطالبة
ومنها الاستيفاء فيكون المؤكد للاستيفاء مؤكدا للوجوب حكما
فلا وجه للتفرقة من الرهن والكفالة من حيث ان الرهن مؤكد للاستيفاء
والكفالة مؤكد للوجوب فالظاهر ان تعلل على قول من جعل الكفالة
ضم ذمة مع ذمة في الوجوب **قوله** الرهن اي جعل الشيء محبوسا بحق
يمكن استيفاؤه منه ينعقد اي يحصل بالايجاب والقبول ولكن
بعد القبض فيكون القبض شرطا لتوقف وجود هذا الجعل عليه
والايجاب والقبول ركنا لانه الموجب له لولاه لم يثبت ولقائل
ان يقول الرهن ايفاء للدين باثبات يد المرتهن على مالية المرهون
فيعتبر بالايفاء الحقيقي والركن في الحقيقي هو التسليم بنية ايفاء
الدين دون الايجاب والقبول فكذا في الايفاء الحكمي يجب ان يكون
الركن هو التسليم بنية ايفاء الدين بمالية المرهون دون الايجاب والقبول
وبالجملة ان الرهن نوع من الاداء والاداء هو تسليم عين الحق الى مستحقه
حقيقة او حكما والايجاب والقبول ليس بركن فيه ولا شرط نعم يشترط
رضاء الداين اداه بالايفاء قاصرا كاداء الزيوف مكان الجياد والايفاء
بالرهن قاصر لانه حكمي وايفاء يد لا رقبة فغاية الامر انه يشترط
رضاه به فيكون ركنه هو التسليم والتسلم والله اعلم **قوله** لانه عقد تبرع
فيتم بالمتبرع **قلت** نعم انه عقد تبرع ولكن العقد لا بد له من ايجاب
وقبول الا ترى الى ما ذكر المصنف رح في كتاب الهبة تعليلا لقوله وتصح
بالايجاب والقبول حيث قال واما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول فهو يشعر بان العقد لا يستغني عن الايجاب
والقبول وان كان عقد تبرع اللهم الا ان يراد بقوله عقد تبرع تصرف
تبرع فح يتم التعليل او نقول ما ذكر من التعليل في الهبة فهو على قول
البعض وهو عند القائل بان الرهن يتم بالايجاب ممنوع الا ترى ان معنى
العقد متحقق في اليمين المعقودة ويتم بالحالف بالاجماع وايضا
قد تقدم ان الكفالة لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس وعلله المصنف
بان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس الى هنا لفظه فهذا يدل على ان
التمليك لا يتم الا بالايجاب والقبول وان الايجاب المجرد شطر العقد

وليس

وليس بعقد تام والرهن تمليك اليد كما ان الكفالة تمليك المطالبة
فجعل القبول شطرا في عقد الكفالة دون الرهن مع وجود معنى التمليك
فيهما تحكم **وجوابه** ان التعليل الذي ذكر في مسئلة الكفالة بناء
على قول من جعل القبول في التبرعات من الهبة والصدقة والرهن شطرا
لا على قول من جعله شرطا حتى اشكل الفرق على قوله بين الرهن والكفالة
بل القبول في الكفالة على قوله ايضا شرط كما في الرهن وايضا يشكل
قوله لانه عقد تبرع بما وقع في الكتاب غير مرة ان الرهن ايفاء الدين
من مالية المرهون والايفاء ليس من التبرع في شيء **وجوابه** ان الرهن
تبرع من حيث انه لا يستوجب بمقابلة ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا
معاوضة من حيث انه بالرهن يوفي دينه من ماليته فان اعتبر جهة كونه
تبرعا فلا وجه لاشتراط القبول وكذا ان اعتبر ايفاء لان من عليه
الدين مستبد بالايفاء لا يشترط قبول الاخر وايا ما فلا وجه لاشتراط
القبول في الرهن لكن للخصم ان يقول من عليه الدين انما يستبد في الايفاء
الحقيقي اما في الحكمي فلا والرهن ايفاء حكمي فكان معاوضة كالبيع لا كاداء الدين
وايضا الرهن يبطل بالشروط الفاسدة صرح به المصنف رح في اخر كتاب
الهبة وقد صرح هناك بان الشروط الفاسدة لا تعمل في التبرعات حتى لا تبطل
الهبة بها فلو كان الرهن تبرعا لما بطل بالفاسدة من الشروط وجوابه
انه ذكر في الكافي فصل قبيل باب الرهن يوضع في يد العدل ان الرهن
لا يبطل بالشروط الفاسدة لانها تبرع كالهبة قلنا ان نمنع **قوله**
كالهبة والصدقة فان القبول في الهبة شرط لثبوت الملك لا لوجود
الهبة وكذا في الصدقة كذا في الحاشية **فان قلت** القبول في باب
الهبة لو لم يكن ركنا بل شرطا لثبوت الملك لكان ينبغي ان يتوقف
الايجاب على ما وراء المجلس كما يتوقف على القبض وليس كذلك
قلنا نعم لو كان الشرط نفس القبول لتوقف عليه وراء المجلس
لكن الشرط هو القبول في المجلس لاجتماعهم على ان التمليكات يقتصر
على المجلس واذا لم يكن في المجلس فقد فات الشرط فالحاصل ان القبول
في المجلس لا بد منه في جميع التمليكات غير انهم اتفقوا على انه في المعاوضات
شطر واما في التبرعات فقيل شرط وقيل شطر وايا ما لو لم يقبل
في المجلس لم يصح التبرع والله اعلم **فان قلت** لو كان الركن مجرد الايجاب
لزم ان يحنث بدون القبول فيما اذا حلف لا يرهن ولا يحنث صرح بذلك
في ايمان المحيط **قلت** بل يحنث بدون القبول على قول من يقول بان الركن

هو مجرد الايجاب صرح بذلك بعض الشارحين فلا يرد ثم قوله كالهبة
والصدقة انما يستقيم الحاق الرهن بالهبة والصدقة اذا كان الركن
فيهما هو الايجاب المجرد بالاتفاق وليس كذلك بل الكلام فيهما كالكلام
في الرهن ان الركن هو الايجاب المجرد او الايجاب والقبول فمن جعل الركن
في الرهن الايجاب والقبول فله ان يمنع كون الركن في الهبة هو الايجاب
المجرد وبالجملة ان هذا قياس المختلف على المختلف فكانه تشبيه وليس
بقياس **قوله** شرط اللزوم اى الرهن قبل القبض جايز الا انه غير لازم
وانما يصير لازما في حق الراهن بالقبض فكان القبض شرط اللزوم
لا شرط الجواز كما في الهبة وذكر في الذخيرة والمغني قال محمد رح لا يجوز
الرهن الا مقبوضا فقد اشار الى ان القبض شرط جواز الرهن ثم قال
الشيخ الامام خواهرزاده رح الرهن قبل القبض جايز الا انه غير لازم
والاول اصح وليت شعري ما معنى قوله القبض شرط جواز الرهن
ان كان انه بدون القبض حرام غير جايز فلا يخفى ان الرهن بدون القبض
ليس بتصرف حرام يأثم به من ارتكبه وان كان معناه انه بدون القبض
لا يترتب احكامه عليه فذلك هو مراد من جعله شرط اللزوم فلا نزاع
القول بكونه شرطا للجواز او اللزوم وان كان معناه انه بدون القبض
غير منعقد يشكل بما اذا حلف لا يرهن فانه يحنث بمجرد الايجاب
عند من جعل الركن الايجاب وبالايجاب والقبول عند من جعل
الركن كليهما ولو كان القبض شرط الانعقاد لما حنث قبل القبض
لان الرهن لم ينعقد بعد كما لا يحنث فيما اذا حلف بالطلاق فعلق
طلاقها وحيث يحنث علم انه شرط لترتب حكمه وقول محمد لا يجوز
الرهن لا مقبوضة معناه لا يفيد الحكم لا مقبوضة وهذا مثل قول
النبي صلى الله عليه وسلم لا يجوز الهبة لا مقبوضة فان المراد به
نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت اجماعا فكذا قول محمد ثم قوله والقبض
شرط اللزوم ظاهره يقتضي ان الرهن جايز مفيد لحكمه الا انه غير لازم
يستبد الراهن بفسخه وقول محمد رح يقتضي انه لا يفيد الحكم الا بالقبض
وهو الظاهر **قوله** وقال مالك يلزم بنفس العقد حتى يجبر الراهن
على التسليم الى المرتهن عنده وعندنا هو مخير ان شاء سلم وان شاء
لم يسلم **قوله** فصار كالبيع فان قلت القبض شرط في بعض انواع
البيوع كبيع الصرف والسلم والبيع الفاسد فكونه كالبيع لا ينافي
اشتراط القبض اجيب بان الكلام في كون القبض شرط اللزوم للرهن

وانه

وانه ليس بشرط اللزوم في شيء من انواع البيع
انما يشترط ليبقى صحيحا او لينعقد صحيحا لا خلاف فيه لا للزوم العقد
فانه لازم قبل القبض حتى يجبر العاقد على التسليم فيهما فصح قياس
الرهن على البيع ولم يكن الاصول متعارضة بل هي متفقة في عدم
كون القبض شرطا للزوم **قوله** ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بالفاء
ان كان الرهان مصدرا بمعنى المراهنة او كان المصدر محذوفا
بتقدير فرهن رهان مقبوضة فالاية حجة على مالك ودليل على اشتراط
القبض على ما ذكر في الكتاب وان كان الرهان جمعا فكان المعنى
فالذي يستوثق به رهان مقبوضة فكذلك لان مثل هذا الكلام
يدل على الحصر لمكان تعريف المسند اليه ولانه سكوت في محل
البيان اى ليس الذي يستوثق به الا الرهان المقبوضة فيدل على اشتراط
القبض لا سيما عند من يقول بمفهوم الشرط والوصف فلما كانت
الاية حجة لنا بكل حال لا يرد عليه ان الرهان ليس بمصدر بل جمع
وان تقدير المصدر هنا غير مسلم لان حمل الرهان على الجمع تأويل
غير قادح في الاحتجاج نعم وصف الرهان بقوله مقبوضة ينافي كونه
كونه مصدرا بمعنى المراهنة لظهور ان المحتمل للقبض انما هو الرهن بمعنى المرهون
دون المعنى المصدري اللهم الا على التسامح ولكنه خلاف الظاهر
جدا **قوله** يراد به الامر نحو قوله تعالى فتحرير رقبة اى فحرروا رقبة
فيكون المعنى هنا فارهنوا رهن رهان مقبوضة او فراهنوا مراهنة
مقبوضة ونفس الرهن ليس بواجب اجماعا فيصرف الوجوب الى القيد
وهو القبض كانه قيل فالتزموا القبض في الرهان ليحصل الاستيثاق
في الدين فيدل الاية على ان الاستيثاق بالرهن لا يحصل الا بالقبض
فلو لزم الرهن قبل القبض وثبت حكمه بمجرد العقد كما ذهب اليه مالك
الحاقا له بالبيع لحصل الاستيثاق بنفس العقد وانه خلاف مقتضى الاية
وبهذا يسقط ما يتوهم وروده بانه لا يجوز ان يكون القبض في الرهن
كالقبض في الصرف والسلم نعم يشكل بان الاية ان كانت تقتضي
اشتراط القبض ولكنها ساكتة عن ان يكون القبض شرطا للزوم الرهن
او لدخوله في ضمان المرتهن فللقائل ان يقول ان القبض شرط الضمان
دون اللزوم حتى يجبر الراهن على التسليم بمجرد الايجاب والقبول ولكن
المرهون انما يدخل في ضمان المرتهن اذا قبضه كالمبيع يدخل في الملك بمجرد
الايجاب والقبول ولكنه لا يدخل في ضمان المشتري الا بالقبض وبالجملة

ان القياس على البيع يقتضي ان يشترط فيه القبض ليدخل في ضمان المرتهن
والاية لا تنافيه على ما بيناه فيعمل بالقياس والاية جميعا وجوابه انه بناء
على مذهب الشافعي فان الرهن عنده امانة وقبضه ليس بقبض ضمان فلا يمكن
ان يجعل القبض شرطا للضمان عنده فتعين ان يكون شرطا للزوم والله اعلم
قوله ولهذا لا يجبر عليه فان قلت لا جبر في المعاوضات ايضا فلا دلالة
لانتفاء الجبر على كونه تبرعا لا معاوضة اجيب بان الرهن لو كان معاوضة
لكان معاوضة بجهة انه قضاء الدين اذ لا وجه للمعاوضة هنا سواه
والمعاوضة في قضاء الدين مما يجري فيه الجبر ولا جبر في الرهن فعلم انه
ليس بمعاوضة نعم الجبر ان كان لا يجري في الرهن فهو يجري في قبض الرهن
حتى ان المرتهن يجعل قابضا بمجرد التخلية شاء او ابى ولو كان تبرعا لم يجعل
التخلية فيه قبضا كما لا يجعل ذلك قبضا في الهبة والصدقة وحيث جعلت
التخلية فيه قبضا كما في ساير المعاوضات علم انه معاوضة وايضا
لو كان الرهن تبرعا لما فسد بالشروط الفاسدة وحيث فسد بها علم انه في
معنى المعاوضة قوله فلا بد من امضائه كما في الوصية يعني يجب امضاء الرهن
كما يجب امضاء الوصية الا ان امضاء الوصية ببقاء الموصي على الوصية
الى حين الموت وامضاء الرهن بالتسليم وبهذا يسقط ما يقال
انه كيف يصح قياس الرهن على الوصية في اشتراط القبض والقبض
ليس بشرط في الوصية فعلى هذا لا حاجة الى ان يراد بالوصية الوصية
بالتبرع كيف والقبض فيما اذا اوصى بالتبرع كما اذا اوصى ان يهب لفلان
كذا انما يشترط في الهبة مثلا لا في وصية الهبة فلا يفيد ذكر الوصية قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية قلت تنزيله
قابضا بالتخلية اجبار له على القبض اذ لا معنى للجبر عليه سوى تنزيله
قابضا بالتخلية كما صرح به المصنف رح في باب العتق على جعل والجبر
انما يكون في الحقوق الواجبة كتسليم المبيع والثمن واداء الدين دون
ما سواها من التبرعات والرهن عقد تبرع لا يجبر فيه المرتهن على القبض
فينبغي ان لا ينزل قابضا وتوضيحه ان التخلية انما تجعل قبضا دفعا
للضرر لان من عليه الحق ربما لا يتمكن من التفصي عن العهدة الا بجعل
التخلية قبضا وظاهر انه لا ضرر في غير الواجبة من الحقوق فلا يجعل
التخلية قبضا ثم ما ذكره المصنف رح من التعليل بقوله لانه قبض بحكم عقد
مشروع فاشبه قبض المبيع فلا يعقل له تاثير في اعتبار التخلية قبضا لان
التخلية انما اعتبرت قبضا دفعا للضرر والضرر انما يتحقق في العقود اللازمة

كالبيع

كالبيع اما ما هو غير لازم في نفسه كالرهن قبل القبض فلا يحتاج فيه الى اعتبار
التخلية قبضا لانتفاء ضرورة داعية اليه وهي الاحتياج اليه للتسليم فما
هو الموجب في البيع لتنزيله قابضا بالتخلية وهو وجوب التسليم لكونه
عقدا لازما فايت في الرهن فلا ينقاس ان اللهم الا ان يعتبر الرهن ايفاء
فيحتاج الى تنزيله قابضا بالتخلية اعتبارا لهذا الايفاء بالايفاء الحقيقي
وذلك ان الايفاء الحقيقي والحكمي سيان في حق الراهن وهو محتاج الى الايفاء
ايا كان فلو لم يجعل التخلية قبضا ادى الى نوع حرج فصار الرهن كاداء الزيوف
مكان الجياد وثمة ينزل قابضا بالتخلية اذا رضي به كذا هنا نعم في جعله
قابضا بالتخلية توهم لحوق الضرر بالمرتهن بان هلك الرهن فيسقط دينه
بالايفاء الحكمي ومنفعته في الايفاء الحكمي انقص منه في الايفاء الحقيقي
الا ان هذا الضرر دفعه ببيع لتمكنه من نقض الرهن بالرد الى الراهن
مع انه رضي بهذا الضرر حيث قبل الرهن والضرر المرضي لا يجب دفعه قوله
لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع ينتقض بقبض الهبة والصدقة
فانه ايضا قبض بحكم عقد مشروع مع ان التخلية فيهما لا تعتبر قبضا لما
ذكرنا ان التخلية اجبار على القبض وانما يحتاج الى الاجبار في الواجبات
تمكينا له من التسليم الواجب عليه ولا يحتاج اليه في التبرعات فلا معنى
للاجبار على القبض فيها فكا اراد انه قبض بحكم عقد مشروع يجب
فيه التسليم من حيث انه ايفاء للدين الواجب عليه بمالية المرهون فيجب
الجبر فيه وذلك قابضا بالتخلية فاشبه المبيع لان التسليم
في كل من الرهن والبيع واجب واما في الرهن فمن حيث انه ايفاء
للدين الواجب عليه برضاء المرتهن فصار كايفاء الجيد بالردي برضاء
صاحب الحق وفيه يعتبر التخلية قبضا فكذا هنا والله اعلم قوله بخلاف
الشراء لانه ناقل للضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم
الى المشتري كان مضمونا على البايع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري
بذلك الضمان بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء كذا في الشرح وجواب
هذه النكتة ظاهر لان المبيع اذا هلك قبل التسليم يهلك على حكم
ملك البايع لانفساخ العقد به فلا يكون مضمونا عليه اذ الانسان
لا يضمن ملك نفسه وذلك ان المعنى بالمضمون ان يجب عليه بدله عند
الهلاك وبدل المبيع لا يجب على البايع اذا هلك قبل القبض لما ذكرنا
انه يهلك على ملكه واما رد الثمن فلا يجب بدلا عن المبيع بل لانه اخذه
بجهة العقد ولم يبق تلك الجهة فيجب رده وانما سمي المبيع في يد البايع

مضمونا فی قولهم والمبیع قبل القبض مضمون بغیره باعتبار سقوط الثمن
ان لم یقبض ورده ان قبض والا فهو لیس بمضمون لانه یهلك علی ملك
البایع فلا یجب علیه شیء کما لو هلکت الودیعة الیه اشیر فی الکتاب
وبعض الشروح وسیاتیك فعلی هذا کان قبض المشتری کقبض الغاصب
من حیث ان کلا منهما موجب للضمان لانا قل للضمان غیر ان اعتبار قبض
الرهن بالشری اولی لان کل واحد منهما قبض بحکم عقد مشروع ولان کل واحد
منهما مضمون لغیره اما قبض الغصب فمضمون بنفسه **قوله** محوزا ای مقسوما
الحوز والحیازة کرد اوردن والمراد هنا القسمة لانها ایضا حیازة
وفیه احتراز عن رهن المشاع مفرغا ای غیر مشغول بملك الراهن وفیه
احتراز عن رهن دار فیه امتعة الراهن وجوال فیه حنطته متمیزا
ای لم یکن متصلا بغیره اتصال الخلقة کاتصال الشجر بالثمر والثمر بالشجر
قوله مفرغا یغنی عن قوله متمیزا لان الرهن المتصل بغیره اتصال الخلقة لیس
بمفرغ عن حق الراهن کالمشغول بالامتعة بل اولی **قوله** تم العقد فیه اشارة
الی ان اتصاف المرهون بهذه الصفات عند العقد لیس بلازم حتی لو
لم یکن موصوفا بها عند العقد واتصف بها عند القبض یتم والی انه لو لم یکن
عند القبض موصوفا بها یکون فاسدا اذ لو وقع باطلا لقال صح وبدل تم
تم دل انه بدونها یکون ناقصا والباطل فایت الاصل والوصف والفاسد
موجود الاصل معدوم الوصف کذا فی الشاهان **قلت** ولکن المصنف
اشار بعد هذا الی ان رهن المشاع باطل حیث قال ان الامتناع ای
امتناع رهن المشاع لعدم المحلیة المشاع لحکم الرهن والظاهر ان العقد
فی غیر محله باطل کبیع المیتة والدم **قوله** وقال ومعناه لا یصیر مضمونا
بالدین کانه زعم ان کونه مضمونا بالدین یستلزم ان یصیر مملوکا للمرتهن
بمقابلة الدین لانه لو سقط الدین بهلاکه ولم یملکه المرتهن لبطل الدین
مجانا فیتضرر به المرتهن فلا بد ح ان یملکه المرتهن بمقابلة الدین
ویتملکه بالدین هو الاحتباس الکلی المراد بالغلق فی قوله علیه السلام
لا یغلق الرهن ولکنا نقول سقوط الدین بالهلاك لا یوجب
دخوله فی ملك المرتهن لانه لما قبض الرهن فقد قبض حقه بمالیة
الرهن یدا فلما هلك تم الاستیفاء من حیث الید فتعذر الاستیفاء
من حیث الرقبة لانه لو استوفاه رقبة لتکرر الاستیفاء یدا اذ الاستیفاء
رقبة بدون الاستیفاء یدا متعذر وتکرار الاستیفاء حرام فتعین
استیفاء الدین من حیث الرقبة وهذا هو معنی السقوط ولا یوجب

اما

انما الحقه برضاه فلا یجب دفعه **قوله** ذهب حقك ولا یراد به حق الحبس
لان ذهابه محسوس لا یحتاج الی البیان کذا فی الکافی وقد یقال جاز
ان یکون المعنی ذهب حقك فی الحبس علی معنی انه لیس لك ان تاخذ من الراهن
بدله فتحبسه فیکون الحدیث بیانا لعدم وجوب الضمان علی الراهن للمرتهن
بعد الهلاك وفی الکافی ایضا ولانه ذکر الحق معرفا بالاضافة فیراد
به المنکر الذی سبق ذکره کقوله تعالی فعصی فرعون الرسول **قلت**
المعرف بالاضافة مذکور فی الحدیث کلام الرسول والمنکر لیس مذکور
فی صدر کلامه علیه السلام انما هو مذکور فی کلام الراوی حیث قال
الراوی قال رسول الله صلی الله علیه وسلم لرجل ارتهن فرسا ونفق
له علی اخر فهلك عنده ذهب حقك فکلام الرسول علیه السلام انما هو
قوله ذهب حقك اما ما ذکر اوله من قوله قال لرجل ارتهن فرسا نفق له
علی اخر فکلام الراوی لا کلام الرسول علیه السلام فلا وجه لصرف ما وقع
فی کلام الرسول علیه السلام ذهب حقك الی ما وقع منکرا فی کلام الراوی
ولم یکن من قبیل قوله تعالی فعصی فرعون الرسول لان المنکر اعنی قوله الی فرعون
رسولا وقع فی صدر الکلام بخلاف ههنا ولیس فی الکلام دلیل علی ان
الراوی فهم من الحق الحق الذی ذکر اوله منکرا ولو سلم انه فهم ذلك فتاویل
الراوی لیس بحجة **قوله** وقوله علیه السلام اذا عمی الرهن فهو بما فیه معناه
علی ما قالوا اذا اشتبهت قیمة الرهن الظاهر ان العمی بمعنی اشتباه القیمة
کنایة عن الهلاك والمعنی اذا هلك الرهن فهو مضمون بما فیه من الدین
لظهور ان کونه مضمونا بما فیه من الدین انما یصح ترتبه علی نفس الهلاك
لا علی اشتباه القیمة بعد الهلاك **قوله** مع اختلافهم فی کیفیة الضمان
فقال ابو بکر وعلی رض مضمون بالقیمة وقال عمر بن مسعود مضمون بالاقل
من قیمته ومن الدین وقال ابن مضمون بالدین قلت قیمته او کثرت
وقد یقال لما تعارضت اقوال الصحابة فتعذر العمل بها فیجب ان یصار
الی القیاس وهو یقتضی ان یهلك امانة کیلا یفوت معنی الصیانة علی ما مر
قوله بان یصیر مملوکا کما کانوا فی الجاهلیة یرهنون بشرط انه اذا
لم یقبض الدین فی وقت کذا کان الرهن للمرتهن فابطل ذلك رسول الله
صلی الله علیه وسلم **قوله** لان الرهن ینبئ عن الحبس الدایم والمعنی
بالحبس الدائم هو الحبس الی ان یستوفی ما حبس به فیکون مواضع استعمال الرهن
دلیلا علیه لانه اینما یستعمل یستعمل فی معنی الحبس الدائم بالمعنی المذکور ولیس
المراد به الابد حتی یشکل بان موضع الاستعمال لا یشهد بالحبس الابد

قوله قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اى محبوسة بمكسوبه ما دامت
ملوثة بلوث المكسوب ومعنى الحبس الدائم هو الحبس الى ان يرتفع ما يحبس به
يرد بان الاية والبيت لا يدل على كونه بمعنى الحبس الدائم قوله وفارقتك
جاز ان يكون المخاطب شخصا محزونا انتزعه من نفسه كانه لما بلغ حزنه
نهايته انتزع من نفسه محزونا مثله مبالغة فى الحزن فخاطبه بقوله وفارقتك
برهن كانه اراد به القلب الذى عشق بها وذهب معها ويروى رايتها دارت
لا فكاك له اى لا يمكن فكاكه يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اى صار الرهن
قد غلق بحيث لا فكاك له قوله ينعطف العطف در توكردن والانعطاف
در توشدن قوله على الالفاظ على وفق الانباء اى على موافقة الانباء
اللغوى لان المعانى الشرعية مجازات بالقياس الى اللغة ولابد للمجاز
من العلاقة وذلك بوجود المعنى اللغوى فى الشرعى قوله برهن اى ارتهنت
قلبه بمقابلة نفسه كان نفسه كانت مستحقة لها حين فارقت نفسه
اخذت به القلب رهنا فهو محبوس بالنفس الى ان تصل نفسه اليها
قوله والاحكام الشرعية تنعطف يقال عطفت العود فانعطف
وعطفت الوسادة ثنيتها والانعطاف هنا كناية عن الموافقة اى
الاحكام الشرعية تجب ان تكون على وفق المعانى اللغوية لان المعانى
الشرعية مجازات بالنسبة الى المعانى اللغوية ولابد للمجاز من العلاقة
وذلك بوجود المعنى اللغوى فى الشرعى والرهن فى اللغة هو الحبس الدائم
ودوام الحبس وهو الحبس الى ان يستوفى ما حبس به انما يتحقق اذا ثبت
للمرتهن ملك اليد على عين الرهن والا كان للراهن ان يسترد منه للانتفاع
وذا ينافى دوام الحبس ومن ضرورة ملك اليد على عين الرهن ملك اليد
على ماليتها وانها من جنس حقه وثبوت يد الملك على ما هو من جنس حقه
استيفاء للحق اذ لا معنى للاستيفاء الا ان يثبت له الملك فى جنس حقه
يدا ورقبة فاذا ثبت له ملك اليد وهلك الرهن فى يده تم الاستيفاء
يدا فتعذر الاستيفاء ثانيا من حيث الرقبة لانه لا يمكن الا باثبات اليد
ثانيا فيتكرر الاستيفاء من حيث اليد وانه غير مشروع ما شرع لانه
ولا يعنى باستيفاء الدين سوى سقوط ولاية الاستيفاء قوله وهى
اى الوثيقة حاصلة بان تكون اى تكون العين المرهونة موصلة الى الاستيفاء
وذلك اى كونه موصلة الى الاستيفاء ثابت بملك اليد وللخصم ان يقول
انه ثابت بتعين المرهون للبيع واستبداد المرتهن ببيعه عند مماطلة الراهن
فى اداء الدين للقطع بان خوف البيع حامل على الاداء والاستيفاء فكانه

عين

قوله وفارقتك برهن من باب التجريد كانه انتزع
من نفسه محزونا مصاحبا مبالغة فى تحقق هذه
الصفات له فخاطبه على حذف المضاف اى فارقت
محبوبك ايها المحزون نسخ

عين ثبوت ملك اليد والحبس جهة فى الوثيقة مع صلاح تعينه للبيع لذلك
ايضا محافظة على المعنى اللغوى وح يعود الى الوجه الاول فلا يكون الثانى
وجها آخر وجوابه ان الاصل فى الرهن من وجوه الوثيقة هو الامن عن جحود
الدين مخافة جحود المرتهن الرهن لان الرهن خلف الكتابة والكتابة لا توجب
الوثيقة الا من حيث الامن عن الجحود فكذا الرهن اذ الخلف يحكى حكاية
الاصل ومعلوم ان الوثيقة بالامن عن الجحود لا تحصل الا بثبوت اليد
ودوام الحبس فيجب ان يجعل ذلك حكم الرهن وتعينه للبيع وان كان
يحمله على قضاء الدين وبه يحصل الوثيقة لكنه لا يحصل به ما هو الاصل
من وجوه الوثيقة وهو الامن عن جحود الدين فليتامل والله اعلم قوله فلو
استوفاه ثانيا يؤدى الى الربوا قلت ولو لم يستوف تضرر المرتهن حيث
بطل حقه فى ملك الرقبة فيجب ان يضمن المرتهن قيمة الرهن ويكون رهنا مكانه
ثم ينقض الاستيفاء برد القيمة عند تعذر رد العين كما قالا فى مسئلة الابريق
وهى ما اذا رهن ابريق فضة قيمته ثمانية بعشرة فهلك الابريق حيث يضمن
المرتهن عندهما قيمة الابريق من خلاف جنسه ثم يردها الى الراهن ويستوفى
حقه لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن حيث يتضرر به المرتهن ولا بالقيمة
لانه يؤدى الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس دفعا للضرر عن المرتهن
ولا يخفى ان تضرر المرتهن ببطلان حقه فى الاستيفاء يدا ورقبة فوق
تضرره بالاستيفاء من حيث الوزن فى مسئلة الابريق فلما وجب دفع
ذلك الضرر بالتضمين بخلاف الجنس وجب دفعه بتضمين الرهن بالقيمة
اولى وجوابه سيانيك ان شاء الله قوله والاستيفاء يقع بمالية والعين
امانة فى يده ويشكل هذا بما اذا رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فهو
بما فيه وان كانت اقل من عشرة دراهم عند ابى حنيفة لان الاستيفاء عنده
بالوزن وقد استويا فيه ووجه الاشكال ان الاستيفاء اذا كان بالمالية
دون العين كيف يصير مستوفيا بالوزن فى هذه المسئلة والوزن يتعلق
بالعين دون المالية الا ان يقال الاستيفاء بالمالية انما يكون فيما لا يمكن
ان يجعل مستوفيا بالعين اما اذا امكن فلا وذلك لان الاصل هو الاستيفاء
بالعين لتحقق اليد عليه حقيقة والاستيفاء باعتبار اليد ولكن جعلنا
الاستيفاء بالمالية فيما لا يمكن ذلك بالعين ضرورة فكما اذا امكن
فبقى على الاصل وفى مسئلة الابريق الاستيفاء بالعين ممكن
لانه من جنس حقه والاختلاف فى جودة ورداءة لا ينافيه كما لو ادى الزيوف
مكان الجياد فيجعل مستوفيا بعينها قوله وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض

الشرى

اذا اشتراه لان العين امانة فيه **قلت** ذكر تعريفا لا ابتداء وذلك انه جاز
ان يكون العين مضمونا بالدين ولا ينوب عن قبض الشراء لان القبض المضمون
انما ينوب عن قبض الشرى اذا كان مضمونا بنفسه اى بالقيمة اما اذا لم يكن
مضمونا بنفسه بان لا يكون مضمونا اصلا او كان مضمونا بالغير كالمضمون بالثمن
او بالدين وانه لا ينوب عن قبض الشرى صرح به فى الكافى حتى لو باع عبدا
من رجل وقبضه ثم تقايلا فلم يسلمه الى البايع بحكم الاقالة حتى اشتراه منه
صح ولا ينوب قبضه عن قبض الشرى وان كان قبضه بعد الاقالة مضمونا
بالثمن الا انه لما لم يكن مضمونا بالقيمة لم ينب عن قبض الشرى فلا يكون
عدم نيابة قبض المرهون عن قبض الشرى دليلا على كونه امانة لا مضمونا
بالدين **قوله** وهنا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضرورات
كما فى الحوالة وقد يشكل بان الحوالة يوجب فراغ ذمة المحيل مقيدا بعدم
التوى فان الدين اذا توى على المحتال عليه يعود الى ذمة المحيل ولا ذلك
الا لتحقيق معنى الصيانة فمسئلة الحوالة تدل على ان فراغ الذمة مطلقا
ينافى معنى الصيانة على تقدير كونه مضمونا موجبا لسقوط الدين كما
انه ليس فى الحوالة معنى الوثيقة على تقدير سقوط الدين مطلقا فالقياس
على الحوالة ليس كما ينبغى لا ان يكون ذلك بناء على زعم الشافعى فانه يرى
الحوالة مسقطا للدين مطلقا على ما مر **قوله** ولا يصح الدين الا مضمون
المعنى من المضمون ما لا يمكن التفصى منه الا بالاداء او بالابراء كذا فى كتابنا
وفيه نظر لانه يخرج بهذا المعنى دين الكتابة فانه يسقط بالتعجيز ايضا
مع ان الرهن به صحيح نص عليه فى نظم الزندوستى وغيره **وجوابه** انه
قد قال بعض العلماء ان قوله مضمون احتراز عن بدل الصلح عن دم العمد
والخلع والكتابة وانه تنصيص بان بدل الكتابة مما لا يصح الرهن به **قوله**
والاستيفاء يتلو الوجوب فان قيل اليس انه اذا دفع ثوبا الى رجل
على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل الرهن قبل وجوب
الدين وقبل وجود سببه قلنا لا بل بعد سببه لان القرض يثبت
من حيث الاعتبار لانه دفع الثوب بشرط القرض فاذا قبل الثوب ثبت
القرض من حيث الاعتبار سابقا عليه كما فى قوله اعتق عبدك عنى بالف درهم
يثبت البيع سابقا على العتق فاذا ثبت القرض سابقا عليه حصل الرهن
بعد وجود القرض من حيث الاعتبار كذا فى الذخيرة والشرح وهو بظاهره
يقتضى ان القرض يثبت مقتضى كثبوت البيع فى قوله اعتق عبدك على الف درهم
وذلك غير مستقيم لان القرض لا يمكن اثباته اقتضاء اذ القبض من شرط الذى

لايسقط

لا يسقط عنه بحال وهو فعل حسى لا يمكن ان يثبت مقتضى ولهذا لا يثبت
الهبة اقتضاء فى قوله اعتق عبدك عنى بغير شىء حتى لو اعتق يقع العتق عن المامور
دون الآمر على ما عرف فالظاهر ان يقال ان قبول الثوب وعد بالقرض
والموعود كالموجود على ما يجئ بيانه **قوله** ويمكن ان يقال الخ **فان قلت**
اذا وجبت القيمة للمالك لزم اجتماع البدلين فى حقه لان ملكه لا يبطل عن المغصوب
بالاتفاق حتى لو اعتقه المالك فقد عتقه ولو باعه من غيره وله بينة عادلة
صح فلو ملك القيمة مع العين اجتمع البدلان فى ملك واحد وانه باطل كما مر
اجيب بان العين المغصوبة عند من يقول بوجوب القيمة بمجرد الغصب يخرج
عن ملك المالك خروجا موقوفا ويدخل فى ملك الغاصب دخولا موقوفا
وجاز ان يخرج الشىء عن ملكه ويكون له حق الاسترداد كالمبيع بيعا فاسدا
قوله الموجب الاصلى هو القيمة اى الغصب موجب للقيمة فاما رد العين
فللملك لا للغصب وذلك ان ردها يناقض الغصب والشىء لا يكون سببا
لما يناقضه كالحدث لما كان مناقضا للطهارة لم يجعل سببا لها لا يقال
المناقضة انما هى بين رد العين والغصب ونحن لا نجعل الغصب سببا
للرد بل لوجوب الرد ولا منافاة بين الغصب ووجوب الرد **اجيب** بان
الوجوب غير مطلوب بنفسه انما المطلوب منه فعل الاداء فما يناقض فعل الاداء
كان مناقضا لوجوبه حكما فلا يجعل سببا له كالحدث لم يجعل سببا لوجوب الطهارة
وان كان لا مناقضة بينه وبين وجوبها لانه يناقض الطهارة التى هى المقصود
من وجوبها **قوله** على ما عليه اكثر المشايخ فيه نوع منافرة مع ما مر فى كتاب
الغصب من قوله وهو اى رد العين هو الموجب الاصلى على ما قالوا ورد
القيمة مخلص لانه قاصر وقيل الموجب الاصلى القيمة ورد العين مخلص
نقوله وقيل بعد ما قال فى القول الاول قالوا يشير الى ان الاول قول الاكثر
والله اعلم **قوله** ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه متصل بالتخريج الثانى
اى لاجل ان الغصب سبب للوجوب لا يبطل الحوالة وذلك ان الحوالة انما
لا تبطل لان الفوات الى خلف كلا فوات ولا يمكن القول بخلفية القيمة للعين
الا وان يجعل سبب وجوبها ما هو سبب وجوب رد العين اذ الخلف
لا يجب الا بما يجب به الاصل **قوله** باقل من قيمته ومن الدين من هذه ليست
بتفضيلية لفساد المعنى بل هو بيان الاقل **قوله** والزيادة مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانه لو لم يجعل الزيادة مرهونة
يؤدى الى الشيوع وهو الاصح المذكور فى مبسوط شيخ الاسلام وانما صارت
الزيادة مرهونة لانه لا يمكن حبس قدر الدين الا بحبس الباقى كما اذا رهن عبدا

قيمته ازيد من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الاصل فيثبت له حبس الكل
حتى لو تميزت الزيادة من قدر الدين لا يثبت حبس الزيادة بان كان
الرهن عبدا قيمته الفا درهم يوم الرهن بالف درهم ثم قتل خطأ وقيمته
يوم القتل الفا درهم فاخذ المرتهن الفي درهم من القاتل واراد حبس
الكل ليس له ذلك لانه امكنه حبس قدر الدين بدون الزيادة كذا في الشرح
ويشكل على هذا نماء الرهن مثل الولد والثمر واللبن والصوف فانه
يكون رهنا مع ان حبس الاصل بدونه ممكن اللهم الا ان يعتبر التبعية
قوله لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك وهو محتمل لانه يحتمل
ان يهلك بعد الاستيفاء ان يكون هالكا قبل ذلك كذا في الحاشية
وفيه نظر لان احتمال الهلاك بعد الاستيفاء لو كان معتبرا لكان
ينبغي ان يؤمر المرتهن اولا بتسليم الرهن ثم الراهن بتسليم الدين لانه لو سلم
الراهن الدين اولا لتكرر الاستيفاء على اعتبار هلاك الرهن بعد
اداء الدين الا ان يقال هلاك الرهن بعد الاحضار وللتسليم قبل
ان يسلم نادر فلا يعتبر قوله وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه
ولا يكلف احضار الرهن فان قلت ففي هذا يفوت التسوية قلت
التسوية انما تجب في المبادلات والرهن ايفاء حقيقة ولكن فيه
شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض الدين لا يتوقف
على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة
المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه
الى هذا اشير في الشاهان وفيه نظر لما عرف ان الرهن برأس مال
السلم والصرف والمسلم فيه صحيح فلو كان في الرهن شبهة المبادلة
لما صح لحرمة الاستبدال في بابي الصرف والسلم والشبهة في الحرمات ملحقة
بالحقيقة احتياطا فالاوجه ان يقال التكليف على الاحضار فيما
اذا كان الرهن غائبا يتضمن ضرر المرتهن بوجهين بتأخير حقه في اداء
الدين الى وقت الاحضار وبلزوم النقل من مكان الى مكان ولم يلزمه
اما الراهن فلا يتضرر الا بفوت التسوية فكان رعاية حق المرتهن
اولى لا يقال الراهن ايضا يتضرر بوجه آخر وهو تكرر الاستيفاء
على اعتبار الهلاك لان الاستيفاء الثاني واجب النقض عند الهلاك
برد ما استوفي الى الراهن فلا يلزم التكرر في الحقيقة قوله وامره
ان يودعه غيره ففعل قلت قد عللوا المسئلة بان الراهن لم يرض
بيد المرتهن فلا يلزمه احضار ما ليس في يده الا يرى ان المرتهن لو اخذه

من العدل يكون غاصبا ضامنا فكيف يلزمه احضار شيء لو اخذه يصير
غاصبا كذا في الكافي وانه يشعر بان وضع الرهن في يد العدل وعدم تمكن
المرتهن من اخذه من يده يكفي لسقوط احضار الرهن عن المرتهن فلا وجه
لاشتراط الامر بالايداع ثم ايداع العدل غيره وجواب المسئلة لا يتوقف
عليه كما يشعر به التعليل قوله لانه صار مستوفيا اي من الراهن بعد الهلاك
بالقبض السابق فان قلت ينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين
لان حكم الرهن لم يبق بدليل انه مأمور بالدفع الى الراهن قلت بقي
استحقاق الحبس لاحتمال ان يستحق المؤدى فيظهر انه ما يستوفي حقه فكان
له استحقاق الحبس كذا في الشاهان وفيه نظر لان ثبوت استحقاق الحبس
لا يقتضي ان لا يؤمر بالدفع الى الراهن والمسئلة بخلافه فالاولى ان يقال
حكم الرهن لا ينتهي بانتهاء استحقاق الحبس بل بانتفاء القبض والدين
وكلاهما باق اما القبض فظاهر وكذا الدين لما سيأتيك في اخر كتاب
الرهن ان الدين لا يسقط بالاداء بل يتقرر قوله الا ان يأذن له مالكه
في الظهيرية ذكر القاضي الامام ابو القاسم يكره للمرتهن سكنى الدار المرهونة
وان اذن له الراهن لانها منفعة يجرها القرض وفي اليتيمة سئل الجندي
عن المرتهن اذا اباح له الراهن الانتفاع بالدار المرهونة هل يكره وهل
فيها غبار الربوا قال الاحتياط في الاجتناب قوله لان الزيادة
على قدر الدين امانة قلت بل كل الرهن امانة في يده لما مر ان عين المرهون
امانة حتى يكون الكفن على الراهن والمضمون انما هو المالية اذ الاستيفاء
بالمالية على ما مر فلا فائدة لتخصيص الزيادة بكونها امانة فقد صارت
مضمونة بالتعدي لان كل الرهن امانة تصير مضمونة بالتعدي والتضمين
بالقيمة غير الدين اذ الاول يوجب ملك العين والثاني لا يوجبه
لا يقال انما خصها بالذكر لان قدر الدين من قيمة المرهون لا يجب عليه
رده الى الراهن بعد التعدي فصار التعدي في ذلك القدر وعدمه بمنزلة
لانا نقول المضمون قبل التعدي انما هو المالية فاما العين فامانة وبعده
يصير العين مضمونة حتى يملكها المرتهن بعد التعدي ولا يملكه قبله
فيجب ان يتعرض لضمان الكل بعد التعدي ليعلم ان العين يدخل في ملكه
بعده قوله واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة
وقد يقال لبس الخاتم في اليمنى مهجور شرعا وهو كالمهجور عادة فكان
جعله بخنصر اليمنى كجعله في سائر الاصابع والدليل على انه مهجور شرعا
ما ذكر في الخلاصة ولا يلبسه في اليمنى لانه تشبه بالروافض وجوابه ان التختم

باليمنى غير منهى بل تركه افضل بدليل ما ذكر فى شرح الكنز نقلا عن الذخيرة
ينبغى ان يلبس الخاتم فى خنصر اليسرى دون ساير اصابعه ودون
اليمنى لان اللبس فى اليمنى علامة الروافض واما الجواز فثابت باليمنى
واليسرى جميعا بكل ورد الاثر هذا كلامه وهو دليل على ان التختم
باليمنى جايز غير ممنوع الا ان تركه افضل قوله واجرة الراعى فمونة
لانه علف الحيوان وفيه نظر لما مر انه لا يضم اجرة الراعى الى راس المال
فى بيع التولية والمرابحة ولو اعتبر ذلك علفا وجب ان يضم اليه لان
العلف يوجب الزيادة فى العين وكل ما يزيد فى عين المبيع او فى قيمته
فانه يضم الى راس المال وقالوا فى تعليل ان اجرة الراعى لا يضم الى راس
المال ان الزيادة فى العين انما يكون بالاعتلاف وانه فعل الماشية
وانما فعل الراعى الحفظ وانه لا يوجب الزيادة فى العين ولا فى القيمة
فلا يضم اليه وهذا يقتضى ان لا يجب على الراهن بل على المرتهن كاجر
الحافظ وجوابه قد مر فى باب التولية والمرابحة فليرجع اليه قوله
وحق الحبس فى الكل ثابت قلت نعم ولكن حق الحبس فى الزيادة على قدر
الدين ضرورى حتى لا يظهر فى حق الضمان دون الاجرة مشكل على ما مر
فيجب ان لا يظهر فى حق الاجرة ايضا فاعتباره ضروريا فى حق الضمان
دون الاجرة مشكل قوله لتعلقه اى تعلق العشر بالعين فان قلت
حق المرتهن ايضا متعلق بالعين حتى كان له ان يحبسها قلت نعم ولكن
يتبع المالية لا مقصودا لان له حق الاستيفاء وانه انما يتحقق بقبض
ما يجانس حقه والمجانسة انما هى بين الدين ومالية العين لكن قبض المالية
لا يمكن الا بقبض العين فثبت له حق حبسها ضمنا لا مقصودا والعشر
متعلق بالعين مقصودا ولا يخفى ان ما تعلق بالشىء مقصودا اقوى
مما تعلق به ضمنا والاقوى مقدم قوله لان وجوبه لا ينافى ملكه
اى ملك الراهن يعنى ان العشر يجب فى ذمة مالك الارض فطالب
باداته الى الفقراء فاما قبل الاداء فهو باق على ملك صاحب الارض
حتى لا يكون الخارج مشتركا بينه وبين الفقراء فيكون الكل رهنا الا انه
مع كونه داخلا فى الرهن يقدم حق الفقراء بخلاف ما لو استحق جزء شايع
حيث يظهر ان المستحق لم يكن فى الراهن مؤديا الى الشيوع قوله واما
اداء احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير
امره وهو مضطر فيه لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضى حتى يامره بالانفاق
ان كان حاضرا وان كان غايبا يامر الحاضر بالانفاق عليه فان قلت

معير

معير الرهن اذا قضى دين المستعير يرجع بما قضى وان امكن رفع الامر الى القاضى
حتى يامر المستعير بالقضاء قلت المعير يحيى ملكه والمرتهن يحيى حقه بالانفاق
على الرهن والحق دون الحقيقة فشرط لنفى التطوع فى احياء حقه ان لا يمكنه
بطريق اخر سوى ما صنع ولم يشترط ذلك فى احياء الملك كذا فى الشافى
وهو يشكل بما اذا اشترى الرجلان عينا فلم يقبضاها حتى غاب احدهما
فللاخر ان ينقد كل الثمن ويقبض المبيع ثم يرجع بحصة الغايب عليه
اذا حضر لانه مضطر فيه حيث لا يتمكن من قبض نصيبه الا باداء كل الثمن
فلا يكون متبرعا كمعير الرهن بخلاف ما اذا كانا حاضرين فادى احدهما
كل الثمن بغير امر صاحبه حيث يكون متبرعا فى نصيب صاحبه لانه يمكنه
ان يرافع الامر الى القاضى فيامر القاضى بان ينقد نصيبه فيمكنه قبض نصيبه
من العبد فلا يكون مضطرا فيه كذا ذكر فى المسائل المنثورة من كتاب
البيوع فالشريك فى هذه المسئلة يحيى ملكه كالمعير مع انه يشترط لنفى التطوع
ان لا يمكنه مرافعة الامر الى القاضى فيشترط فى المعير ايضا وليس فليس
الا ان يقال ملك الشريك ناقص لمكان الشركة وملك المعير كامل من كل وجه
فاشترط لنفى التطوع فى احياء الملك القاصر اذ لا يمكنه بطريق اخر حال
حضرة صاحبه دون حال غيبته ولم يشترط ذلك فى احياء الملك الكامل
فى الحالين واشترط فى احياء الحق فى كل الاحوال فلم يشترط فى معير الرهن
اصلا لانه يحيى ملكه الكامل وشرط فى حال حضرة الصاحب فى مسئلة الشراء
دون حال غيبته لانه ملك قاصر وشرط ذلك فى الحالين فى الرهن لانه
حق لا حقيقة والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع سواء كان مشاعا يحتمل القسمة او لا وسواء رهن
من اجنبى او من شريكه والشيوع الطارى يبطل الرهن هو الصحيح وصورته
ان يرهن جميع العين ثم تفاسخا العقد فى النصف وما اشبه ذلك كذا
فى الشرح وفيه نظر لان الرهن لا ينفسخ بالقول ما لم يرده الى الراهن
والرد يقع على المعين دون المشاع فاذا رد البعض المعين على وجه الفسخ
يبقى الباقى وهو متعين رهنا من غير شيوع فكيف يتحقق الشيوع
عند التفاسخ فى النصف اللهم الا اذا فرضت صورة التفاسخ فيما لا يحتمل
القسمة كالعبد والدابة فانهما لو تفاسخا الرهن فى نصف العبد المرهون
ورد ذلك النصف الى الراهن على وجه الفسخ يبقى الرهن فى الشايع وطريق
رد ذلك النصف ان يرد كله اليه بعضه بحكم الفسخ وبعضه لا بحكمه
وبهذا الطريق يمكن ان يفرض صورة التفاسخ فيما يحتمل القسمة ايضا

قوله فانه اى حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء اى قصدا وهذا اى ثبوت يد الاستيفاء قصدا لا يتصور وانما قيدنا بقولنا قصدا لان ثبوت اليد على المشاع الاجرى ان المشاع اذا بيع جاز بيعه ولو لم يجز القبض اصلا لم يجز لان ما لا يحتمله كالهالك وكذا الشيوع لا ينافى القرض مع انه يحتاج الى القبض وكذا الهبة فيما لا يحتمل القسمة جايز لصفة الشيوع مع انها لا تتم الا بالقبض وفى الكافى ولنا ان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء ويد الاستيفاء فى الجزء الشايع لا يتحقق لان اليد حقيقة لا يثبت الا على جزء معين فان قيل الشيوع لا يمنع حقيقة الاستيفاء فان من كان له على غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفى حقه منه يصير مستوفيا حقه من النصف شايعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق فى الجزء الشايع هذا كلامه وفيه بحث لان ملك المستوفى حكم الاستيفاء لا عينه انما الاستيفاء هو قبض مثل حقه من مال المديون والشايع لا يقبل القبض الذى هو عبارة عن اثبات اليد فالاولى ان يجاب بان حكم الرهن لا يثبت الا بالقبض الكامل كحكم الهبة اذ القبض فيهما منصوص عليه قال الله تعالى فرهان مقبوضة وقال عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فينصرف الى الكامل والشايع لا يقبل القبض الكامل وان يقبل فى ضمن قبض الكل وانه قبض قاصر لانه قبض من وجه فلا يثبتا ولان المنصوص المنصرف الى الكامل اما الاستيفاء الحقيقى فيكفيه القبض القاصر لان ما يوجب اشتراط الكامل فيه وهو التنصيص على اشتراط القبض لم يوجد فيه فافترقا قوله والثانى ان موجب الرهن اى مفهومه ومدلوله فالوجه الاول بناء على حكم الرهن اى الاثر الثابت والثانى بناء على ما هو مدلول لفظ الرهن قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص اى لم يعرف شرعيته بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة الا حال كونه مقبوضا فلا يكون مشروعا الا مقبوضا لعدم ورود النص بشرعية غير مقبوض فيبقى على العدم الاصلى قوله وهو الاستيثاق وحاصل الامر ان الشرع ما شرع للاستيثاق الا الرهان المقبوضة فلا يكون مشروعا بدون هذا الوصف ولو جاز فى المشاع لزم شرعيته بدونه اذ لا بد من المهايات قوله بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم قلت

قد ذكر المصنف رحمه الله فى كتاب الهبة لعدم جواز الهبة فى المشاع وجهين احدهما لزوم غرامة القسمة وثانيهما ان القبض فى الهبة منصوص عليه فيشترط كماله ولا يتحقق كمال القبض فى المشاع وفيما لا يحتمل القسمة ان لم يوجد الوجه الاول فقد وجد الثانى لا محالة فينبغى ان لا يتحقق الهبة فيه ايضا كالرهن الا ان يقال النص معلل بضرر مؤنة القسمة فلا يشترط كمال القبض الا فيما يتوهم هذا الضرر وهذا كما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ثم جوزنا بيع العقار قبل القبض الا ان النص معلول بغرر الانفساخ على تقدير الهلاك ولا غرر فى العقار لندرة هلاكه قوله ولا يجوز من شريكه لان موجب العقد لا يتحقق فيما اضيف اليه سواء كان مع الشريك او مع الاجنبى بخلاف الاجارة من الشريك فانها تجوز لان الشيوع انما يؤثر هناك لا لان موجب العقد ينعدم به بل لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى يوجبه العقد فان استيفاء المنفعة يكون من جزء معين وذلك لا يوجد فى الاجارة من الشريك فانه مستوفى منفعة الكل فيكون مستوفيا منفعة ما استاجره على الوجه الذى استحقه بالعقد وبان لا يمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد لا يمتنع جواز العقد كبيع الدهن فان استيفاءه لا يمكن الا بالوعاء ثم لا يمتنع به صحة العقد كذا فى الشاهان وفيه نظر لما عرف ان استيجار احد زوجى المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز لعلة انه لا يمكن استيفاء المنفعة منه الا بما لا يتناوله العقد فلو لم يكن تعذر الاستيفاء الا بما لم يتناوله العقد مفسدا له لجاز استيجاره لانه يمكن استيفاء المنفعة منه بضم الاخر اليه وجوابه قد ذكرنا فى الاجارات فى اجارة المشاع فعليك به قوله وعن ابى يوسف انه اى الشيوع الطارى لا يمنع لان حكم البقاء اسهل وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء وقد يقال ان حكم الرهن يتحقق فى المشاع الا يرى انه لو باع نصف داره على ان المشترى فيه بالخيار ثلثة ايام فاذا تقايضا فسخ المشترى العقد فيبقى المبيع فى يده على حكم الرهن ان هلك هلك بالثمن وان دخله عيب ذهب من الثمن بقدره فلو لم يكن المشاع محلا للرهن وقابلا للحكم لما تحقق حكمه فى المشاع اصلا وحيث يتحقق حكمه فيه علم انه محل له الا ان يقال المشاع محل لحكم الرهن من حيث انه يقبل الحبس الدايم فى ضمن حبس الكل وليس بمحل له من حيث انه لا يقبله مقصودا فقلنا انه لا يقبل الرهن القصدى الا ابتداء ولا بقاء ويقبل الرهن الضرورى كما فى المسئلة المذكورة عملا بالاعتبارين

ولد

قوله وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء فيه سواء فان قلت اذا تخمر العصير
قبل القبض يبقى العقد مع ان الخمر ليس بمحل للبيع حتى لو باعه كان باطلا
قلت الخمر محل للبيع من وجه اى من حيث انه مال دون وجه اى من حيث انه
غير متقوم وما يكون محلا للعقد من وجه فالعقد لا ينعقد فيه ولا ينعقد
ابتداء فان قلت المشاع ايضا محل للرهن من وجه دون وجه لانه محل من حيث
انه يقبل نفس القبض حتى يدخل فى ضمان المشترى اذا باع المشاع وسلمه اليه
بتسليم الكل وليس بمحل من حيث انه لا يحتمل القبض قصدا اجيب بان المشاع
على اعتبار حكم الرهن وان كان محلا له من وجه كما قررت فهو من حيث موجب
الرهن ومدلوله ليس بمحل له اصلا وانتفاء المحلية من كل وجه على اعتبار بعض
الوجوه يكفى لاستواء الابتداء والبقاء فيه وفى الكافى فان قيل اذا
زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب وان تزوجت
مكاتبها ابتداء لا يجوز قلت لان المكاتب لا يملك بسبب من الاسباب
فكذا بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثابت
لها من وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا يجوز هذا لفظه
قلت هذا الجواب لا يجدى نفعا فان المرأة لو تزوجت مكاتب ابيها
بعد موت الاب لا يجوز ايضا كما لو تزوجت مكاتبها ويبقى النكاح
فى مكاتب الاب لو تزوجها فى حيوته فقد يبقى النكاح فى مكاتب الاب
بعد موته وانه ليس بمحل للنكاح ابتداء والفرق المذكور بين مكاتبها
ومكاتب ابيها لا يتاتى هنا فالوجه هو ما ذكرنا ان ما يكون محلا من وجه
دون وجه فالبقاء فيه يخالف الابتداء وما لا يكون محلا اصلا فهما
فيه سواء ومكاتب الاب بعد موته يصير كمكاتبها فيبقى فيه النكاح لو
تزوجها حال حيوة الاب لانه محل للنكاح من حيث انه حر ولا ينعقد النكاح
فيه ابتداء لانه ليس بمحل من حيث انه عبد قوله لان الشجر اسم للنابت
فيكون اسما للاشجار بمواضعها مشكل اذ كون الشجر اسما للنابت
حتى لا يسمى بعد القطع شجرا لا يستلزم ان يكون الشجر اسما للنابت والمنبت
جميعا حتى يكون اسم الشجر اسما لما نبت فيه من الارض انما يكون اسم
الشجر اسما للارض التى شغلته اذا كان الشجر اسما للنابت والمنبت جميعا
وانه ممنوع الا ان يقال المنبت وان كان ليس بداخل فى مفهوم النابت
حقيقة فهو داخل فى مفهومه حكما من حيث انه لا يسمى نابتا الا وهو على الارض
فكان الارض داخلة فى مفهومه بخلاف البناء فانه يسمى بناء مع القطع ايضا
قوله ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن الى اخره قلت هذا بعمومه يقتضى

ان لا يجوز

ان لا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمله ولكنه
لا يكاد يستقيم فيما يحتمل القسمة لما ذكرنا ان الرهن لا ينفسخ بمجرد القول
وانما ينفسخ بالرد والرد يقع على المعين والباقى بعد الرد معين ايضا فلا يفضى
الى الشيوع فينبغى ان يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن فيما يحتمل القسمة وجوابه
قد مر قوله لان الشجر اسم للنابت على الارض والنابت على الارض بدون الارض
لا يتصور فصارت الارض من توابعه فيدخل بذكره واما البناء فاسم
لما يبنى منه الحائط كذا ذكر اهل اللغة وذكر صاحب الايضاح ان البناء
عبارة عن النقض والمراد الشىء الذى بنى به الحوايط قوله لان هذه مجاورة
غير مانعة عن قبض المرهون وحده بخلاف مجاورة الثمر مع الشجر فانه يمنع
قبض المرهون منهما وحده قوله بقى رهنا بحصته يشكل بما مر فى الهبة
من انه لو استحق عوضا نصف العوض لم يرجع فى الهبة حتى يرد ما بقى وقال
زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوض الكل
من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه
ما اسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده
هذا كلامه وهذا التعليل الذى ذكر يقتضى ان يبقى الثانى رهنا
بالكل ايضا لظهور ان ما بقى بعد الاستحقاق يصلح رهنا من الابتداء وبالاستحقاق
ظهر انه ما رهن الا الباقى فصار كانه رهن هذا القدر من الابتداء
ولو رهنه من الابتداء كان رهنا بالكل فكذا بعد الاستحقاق
فالفرق بين استحقاق بعض الرهن واستحقاق بعض العوض
حيث لا يبقى بعد الاستحقاق رهنا بالكل بل بالحصة من الدين
وهى فى الهبة عوضا عن الكل محتاج الى مزيد تامل قوله لانه اى الحمل
شاغل لها فلا يكون الدابة فارغة فلا يتحقق التخلية التى هى عبارة
عن رفع الشواغل وذلك ان المرهون متى كان مشغولا بملك الراهن
كان فى يده ويده مانعة عن تحقق يد المرتهن لتعذر اجتماع اليدين
قوله لان الضمان ليس بواجب فان قلت فما تقول فيما اذا كان المبيع
مضمونا بغيره كالمبيع فى يد المشترى بعد الاقالة قبل الرد الى البائع
فانه مضمون بالثمن حتى لو هلك هلك بالثمن اجيب بانه ايضا ليس بمضمون
اذ الثمن لا يجب على المشترى بعد الاقالة بدلا عن المبيع الهالك بل يرتفع
الاقالة ويعود البيع فيلزم الثمن بالعقد لا بالهلاك والمضمون ما يجب
تسليم عينه حال البقاء وتسليم بدله حال الهلاك بسبب الهلاك قوله
والرهن بالدرك بان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشترى

الاستحقاق فاخذنا الثمن من البايع رهنا قبل الدرك فانه باطل **قوله** لا استيفا
قبل الوجوب لان الواجب هو الذی يستوفی وضمان الدرك وهو ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع لا يجب قبل الاستحقاق كذا فی الكافی **وفيه**
نظر لان الثمن المؤدی الی البايع يجب دينا للمشتری عليه قبل الاستحقاق
لمكان المقاصة علی ما عرف فی قضاء الديون انه يجب للمديون بالاداء
دين علی الطالب ثم يقع المقاصة فعلی هذا كان الرهن بالثمن قبل الاستحقاق
رهنا بالدين وانه جائز الا يری انه يبقی الرهن بعد اداء الدين لما سيأتيك
بيانه ان شاء الله تعالی فقوله ولا استيفاء قبل الوجوب مسلم ولكن
عدم وجوب الثمن للمشتری علی البايع غير مسلم علی ما ذكرنا من صورة قضاء
الديون **وجوابه** ان دين المديون ان كان يجب علی رب الدين فيلتقی
الدينان قصاصا ولكن الرهن انما يصح بالدين اذا امكن استيفاؤه وما
يجب للمديون علی الداين غير ممكن الاستيفاء لعدم الفائدة فلا يصح الرهن
وهذا لان الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء فلا يشرع الا فی موضع
يمكن الاستيفاء **قوله** اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال
يصح مضافا الی المال **وفيه بحث** لان الكفالة ايضا تمليك المطالبة
حتی لا تصح الا بقبول المكفول له فی المجلس قال المصنف رح فيما تقدم
ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له فی المجلس وهذا عند ابی حنيفة
ومحمد رح الی ان قال ولهما ان فيه معنی التمليك وهو تمليك المطالبة
فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف علی ما وراء المجلس
هذا لفظه فظهر ان الكفالة تمليك المطالبة كما ان الرهن تمليك
اليد فينبغی ان يستويا فی صحة الاضافة الی زمان فی المستقبل او عدمه
وجوابه ان الكفالة تشبه النذر من حيث انه التزام كالنذر وتشبه
البيع من حيث انه تمليك المطالبة فاعتبر فی بعض الاحكام معنی التمليك
وفی بعضها معنی الالتزام غير انا اعتبرنا معنی الالتزام فی صحة الاضافة
الی المال لمساس الحاجة الی الاضافة فانه قد لا يؤمن فی الشراء الا
بالكفالة بالدرك فتعين اعتبار التمليك فی غيرها من اشتراط القبول
فی المجلس ونحوه ووجه آخر انا لما وجدنا فی الكفالة معنی التمليك والالتزام
وقد امكننا اعتبار المعنيين فی تعليق الكفالة بالشرط فان التعليق
به علی نوعين تعليق بشرط متعارف وتعليق بشرط غير متعارف
فقلنا يصح تعليقها بالمتعارف من الشرط عملا بجهة الالتزام ولم يصح
تعليقها بغير المتعارف منه عملا بجهة التمليك ولا يمكن العمل بالشبهين

فی توقف

فی توقف القبول علی ما وراء المجلس فتعارض فيه الشبهان فلا يثبت التوقف
بالشك والاحتمال **قوله** ولانه مقبوض بجهة الرهن الذی يصح علی اعتبار
وجوده فيعطی له حكمه كالمقبوض علی سوم الشراء وقد يشكل هذا
بما اشار اليه المصنف فی باب البيع الفاسد فی تعليل ابی حنيفة من ان
جهة الشیء انما يلحق بحقيقته فی محل يقبل الحقيقة وهنا المحل ای الذی
لا دين هناك لا يقبل حقيقة الرهن فلا يلحق به توضيحه ان الدين الموعود
لو جعل كالمتحقق فهو مقبوض بحقيقة الرهن وان لم يجعل فهو وان كان
مقبوضا بجهة الرهن فجهة الشیء انما يلحق بحقيقته اذا كان المحل يقبل
الحقيقة والرهن فيما لا دين هناك لا حقيقة ولا حكما باطل فلا يلحق
جهة فيه بحقيقته فالتعليل الثانی اعنی قوله ولانه مقبوض بجهة الرهن
الی آخره لا يخلو عن تأمل وايضا لو اخذ الرهن بالدرك فهلك فی يده
يجب ان يهلك مضمونا لانه اخذ بجهة الرهن فيلحق بحقيقة الرهن
لان الرهن به ان كان باطلا فهو مقبوض بجهة الرهن البتة فيجب ان يكون
مضمونا كما لو قبض ام الولد او المدبر بحكم البيع فيهما وان كان باطلا
فهما مضمونان بالقبض عندهما وهو رواية عنه باعتبار انهما مقبوضان
بجهة البيع فيجب ان يكون الرهن بالدرك مضمونا عندهما ايضا باعتبار انه
مقبوض بجهة الرهن **والجواب** اما عن الاول فلان الرهن ان كان
لا ينعقد الا بالدين فلا يخفی ان محل الرهن هو العين المرهون دون الدين
فيمكن ان يتحقق جهة الرهن فيما هو محله بخلاف ام الولد عنده فانه ليس بمحل
للبيع فلا يتحقق فيه جهته واما عن الثانی فلان ام الولد والمدبر يقبلان
البيع ويدخلان فيه فی الجملة حتی لو باع عبدا مع ام الولد والمدبر جاز البيع
فی العبد ولا يكون بيعا بالحصة ابتداء فيمكن القول فيه بتحقق جهة البيع
بخلاف الرهن بالدرك فانه باطل من كل وجه فلا يتحقق فيه جهة الرهن لبطلانه
وكونه فی حكم العدم من كل وجه **فان قلت** الدين الموعود ان جعل كالمحقق
فلا حاجة الی اعتبار جهة الرهن لانه علی هذا الاعتبار رهن بالحقيقة
وان لم يجعل كالمحقق فلا وجه لاعتبار جهة الرهن اذ الرهن بالدرك باطل
وفيه لا يعتبر جهة الرهن حتی لا يكون مضمونا فكذا هنا **اجيب** بان الموعود
كالمحقق البتة ثم بعد ان يكون كالمحقق هنا اعتباران احدهما ان يجعل الدين
الثابت حكما كالثابت حقيقة فی انعقاد حقيقة الرهن والثانی ان يجعل
للدين الحكمی اثرا فی تحقق جهة الرهن دون حقيقته وذلك انه لو كان متحققا
حقيقة كان الرهن به رهنا حقيقيا فمتی كان متحققا حكما يكفی لتحقق جهة الرهن

اثباتا للشئ بقدر الدليل بخلاف الرهن بالدرك فانه لا دين هناك لا حقيقة ولا حكما فلا يثبت فيه جهة الرهن ايضا **قوله** وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما **وفيه بحث** لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما مر وانه يشعر بان الاستيفاء يحصل بمجرد قبض الرهن لكنه غير متقرر ويحتمل النقض بالرد الى الراهن فان لم يرد اليه حتى هلك تم الاستيفاء من حين قبضه فيجب ان لا يبطل عقد السلم او الصرف اذا افترقا قبل الهلاك لانهما افترقا عن قبض ويتقرر هذا القبض بالهلاك ويجب ان يكون الامر في الحال موقوفا ان هلك في يد المرتهن صح العقد لوجود التقابض في المجلس وان رد بطل فاما الحكم ببطلانه بمجرد الافتراق قبل الهلاك فمشكل **قوله** بطل السلم ومعناه ان يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم وقد بينا فيما سبق انك ان الاستيفاء يقرر الدين ولا يسقطه فيتقرر المسلم فيه في ذمته بالاستيفاء وتقرره يوجب تقرر السلم وايضا عقد السلم ينتهي بنهايته وقد نص ع في غير موضع ان الشئ بانتهائه يتقرر فلم يستقم نا ويل البطلان بعدم البقاء ايضا **قوله** فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون ذلك رهنا بقيمته هذا التشبيه غير ملائم لما مر ان الرهن بالمغصوب انما صح من حيث ان الموجب الاصلي للغصب هو وجوب القيمة وانها دين او من حيث ان الغصب سبب لوجوبها فيعتبر واجبة حكما كالدين الموعود وايا ما فالرهن بالمغصوب ليس الا رهنا بقيمته من الابتداء الا انه كان رهنا بالعين ثم اذا هلك يصير رهنا بالقيمة حتى يكون نظير مسئلتنا وكيف يكون رهنا بالعين والرهن لا يصح الا بدين مضمون فلا بد من اعتبار القيمة ليصح الرهن فكانه شبه بالرهن بالمغصوب نظرا الى الصورة فان الرهن يكون بالعين صورة ثم اذا هلك يصير رهنا بالقيمة **قوله** لانه بدله **وفيه بحث** لظهور ان رب السلم انما يرجع بما ادى الى المسلم اليه عند فسخ المسلم لبطلان المقاصاة بينهما عند سقوط المسلم فيه بالاقالة وذلك انه يجب لرب السلم على المسلم اليه بعد تسليم رأس المال مثلها وجب له عليه بمقابلة المسلم فيه فيلتقيان قصاصا ثم اذا سقط المسلم فيه بالتفاسخ لا يبقى له على رب السلم مثل ما لرب السلم عليه فيبطل المقاصة فيكون له ولاية المطالبة بدينه الذي وجب له عليه بتسليم رأس المال الا انه يجب له على المسلم اليه مقدار رأس المال الذي سلمه اليه بمقابلة سقوط المسلم فيه حتى يكون بدلا عن المسلم فيه فيكون الرهن به رهنا برأس المال

قوله فلم يبق السلم التي ينتهي بنهايته والمنتهي ان كان في حكم الباقي فهو معدوم حقيقة
ع

بل هو

بل هو دين اخر والرهن بدين لا يكون رهنا بغيره اللهم الا ان يقال هذه البدلية اعتبارية من حيث انه يثبت له حق الرجوع بقدر رأس المال بعد بطلانه وحقه في المسلم فيه وانه يكفي لبقاء الرهن **قوله** وان كان محبوسا بغيره **قلت** لا وجه لكون الرهن مضمونا الا كونه مستوفيا دينه به ولا استيفاء الا بالحبس فيجب ان لا يكون مضمونا الا بما حبس به فكيف يكون محبوسا برأس المال مع كونه مضمونا بالمسلم فيه فاما المشترى شراء فاسدا فليس ضمانه بجهة انه محبوس بالدين حتى انه لو لم يكن محبوسا به بان لم يكن الثمن منقودا كان مضمونا ايضا بل هو مضمون باعتبار القبض بغير اذن الشرع فصار كالغصب فجاز ان يكون مضمونا بالقيمة محبوسا بالثمن فاما الرهن فلا وجه لكونه مضمونا سوى ان يصير مستوفيا دينه بحبسه فاذا لم يكن محبوسا به وجب ان لا يكون مستوفيا له **قوله** له ان يحبسه لاخذ المبيع **قلت** لو كان محبوسا لاخذه لصار رهنا به وانه عين غير مضمون بنفسه وقد سبق ان الرهن لا يجوز الا بدين مضمون او لعين مضمون بنفسها اي بقيمتها والمبيع بعد الاقالة وان كان مضمونا بالثمن فهو مضمون بغيره وانه ليس بمحل للرهن وما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء فيه سواء **قوله** وقيام المانع في الباقين وهو انهم لا يحتملون النقل من ملك الى ملك **قلت** الا ان يوجب الاستيفاء باليد دون الرقبة والمدبر ان كان لا يحتمل النقل الى ملك فهو يحتمل ان تثبت يد غير المولى عليه من غير ان يدخل في ملكه والرهن لا يدخل في ملك المرتهن لا عينيته ولا ماليته اذ العين امانة والمالية لا يحتمل التملك لكونه وصفا وانما يصير مستوفيا باثبات اليد على مالية المرهون والعين كالكيس لما فيه من الدراهم وهذا النوع من الاستيفاء يتم فيما له مالية سواء كانت العين مما يحتمل التملك كالقن اولا كالمدبر وام الولد **وجوابه** ان حكم الرهن عندنا ان كان هو اثبات يد الاستيفاء الذي يمكن تحقيقه فيما له مالية سواء قبل التمليك من غيره اولا لكن ذلك حكمه في حيوة الراهن اما بعد مماته فحكمه بعينه للبيع واستيفاء الدين من ماليته بالبيع كما نص به المصنف في بعض المواضع من كتاب فلا بد وان يكون المرهون صالحا لاستيفاء الدين من ماليته بالبيع والمدبر وام الولد لا يصلحان لذلك ولا يكونان محل الرهن وايضا الاستيفاء الحكمي الحاصل باثبات اليد على المالية بحسب جعل خلفا عن الاستيفاء الحقيقي والشئ لا يكون محلا للخلف الا اذا كان محلا لاصله وما لا يحتمل الانتقال من ملك الى اخر ليس بمحل للاستيفاء الحقيقي لانه لا يتصور الا بالانتقال

من ملك الى ملك فلا يكون محلا لما هو خلف عنه وهو الاستيفاء الحكمي
الحاصل باثبات اليد فقط اذ لا بد للخلف من تصور الاصل **قوله** فالخمر
مضمون عليه كما اذا غصبه لانه اخذه بغير اذن الشرع فيكون العقد
فاسدا فصار كالغصب بخلاف ما اذا هلك الرهن بالمبيع وانه اذا
هلك هلك بغير شيء ولا يكون كالغصب وان قبضه بغير اذن الشرع لبطلانه
ولا حكم للباطل واما رهن الخمر من المسلم ففاسد لانه يصح نظرا الى الذمي
لانه متقوم في حقه ولم يصح نظرا الى المسلم فقلنا بفساده عملا بالشبهين
وللفاسد من العقود حكم فالحقناه بالغصب **وفيه نظر** اذ لو كان قبض
المسلم الخمر من الذمي بحكم رهنه في حكم الغصب لانه قبض بغير اذن الشرع
وجب ان يكون الخمر مضمونا بالقيمة وقد نص في الكافي ان الخمر الذي رهنه
المسلم من الذمي مضمون بالاقل من الدين والقيمة وبالجملة ان ضمانه
ان كان بحكم انه مقبوض بالعقد الفاسد والقبض به كالقبض بالغصب
لزم ان يكون مضمونا بالقيمة دون الاقل من القيمة والدين فانه حكم
الرهن الصحيح اعتبره بالبيع فان المقبوض بحكم البيع الصحيح مضمون بالثمن
وبالبيع الفاسد مضمون بالقيمة فكذا المقبوض بحكم الرهن الفاسد
يجب ان يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض بالبيع الفاسد فجعل هذا القبض
كالقبض بحكم العقد الفاسد والحاقه بقبض الغصب يوجب ان يكون مضمونا
بكل القيمة بالغة ما بلغت والله اعلم ثم ما ذكر في الكافي من انه مضمون بالاقل
من الدين والقيمة ايضا مشكل لما مر من انه انما لا يجوز رهن المسلم وارتهانه
الخمر لتعذر الايفاء والاستيفاء فلو كان مضمونا على المسلم بالاقل من الدين
والقيمة لكان مستوفيا به اذ لا معنى للاستيفاء سوى كون الرهن مضمونا
بالاقل من الدين والقيمة الا ان مراده بتعذر الايفاء والاستيفاء
لا عدم تحققه او عدم امكانه **قوله** بدين واجب ظاهرا
نعم ولكن لا معتبر بالظاهر مع التيقن بخلافه وقد تيقنا بخلافه
اذا ظهر بطلان البيع وايضا قد عرف ان بقاء الرهن ببقاء الدين فيهما
جميعا حتى لو فات احدهما بطل الرهن كما لو ابرأ وظهور ان الدين لم يكن
لا يكون ادنى من ان يسقط بعد الثبوت بالابراء والرهن يبطل بعد
الابراء فبعد ظهور بطلان البيع وعدم وجوب الدين اولى **اجيب** عن الاول
بان التيقن بعدم الدين حادث وحدوثه لا ينافي ان يكون قبضه قبل
حدوثه بجهة الاستيفاء بعد ان كان الدين ثابتا حين القبض ظاهرا
فاذا استوفاه بالارتهان فقد قبضه بدلا عما عليه من الدين ثم لما ظهر

انه

انه لم يكن عليه دين تبين انه استوفاه ولم يكن له حق استيفاء فيجب رد ما
استوفى الى من استوفى منه كما لو استوفاه حقيقة ثم ظهر عدم الدين **قوله**
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهذا اشارة
الى ان الرهن يحتاج الى الايجاب والقبول جميعا فكان محمولا على قول بعضهم
والا فقد ذكر في الكتاب ان الرهن هو الايجاب فقط **قوله** ويجوز رهن
الدراهم والدنانير والمكيل والموزون هذه المسئلة انما تتصور في الدين
المؤجل اذ لو كان حالا يصير المرتهن مستوفيا حقه بنفس القبض لانه ظفر
على جنس حقه كذا في الشاهان **وفيه نظر** لما ذكر في الشاهان قبيل
كتاب العتاق ان رب الدين انما ياخذ حقه عند الظفر بجنس حقه اذا امتنع
المديون عن الايفاء اما اذا لم يعلم امتناعه بان كان غائبا فلا ياخذ
فهذا يدل على ان هذه المسئلة متصورة في الحال من الدين ايضا لانه
يمكن ان يكون الدين حالا ولا ياخذ المرتهن وان ظفر بجنس حقه لعدم العلم
بامتناعه ولئن سلم ان العلم بامتناعه ليس بشرط فليس ان الدائن يصير
مستوفيا اذا وقع في يده من مال المديون ما يجانس حقه شاء او ابى بل له
ان ياخذ ولو لم ياخذه اقتضاء فله ذلك ايضا يؤيده ما ذكر في الذخيرة
حيث قال له على اخر الف درهم فقال المديون لرب الدين امسك هذه
الالف الوضع بحقك واشهد لي بالقبض وهذا اقتضاء ولو قال
امسك هذه الالف الوضع حتى اتيك بحقك واشهد بالقبض فهذا
رهن **قوله** ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا اي لا وجه الى الاستيفاء
باعتبار القيمة لانه لو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبارا بالقيمة لصار
مستوفيا من دينه ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا كذا في الكافية
وفيه نظر لان استيفاء ثمانية من دينه بعشرة من حيث الوزن
انما يلزم ان لو كان الاستيفاء عند اعتبار القيمة بالعين لا بالمالية
وليس كذلك لما مر ان الاستيفاء يقع بالمالية والعين امانة فكان
الاستيفاء عند اعتبار القيمة بالمالية دون العين ويبقى الموزون
على ملك الراهن وماليته لا يربو ثمانية فكان مستوفيا ثمانية من دينه
بثمانية من مالية الرهن فلا يؤدي الى الربوا على الوجه المذكور **ولئن قلت**
معناه انه لا وجه الى التضمين بالقيمة بجنسها لانه يؤدي الى الربوا اذ لو ضمن
عشرة من حيث الوزن بثمانية لزم ان يتملك العشرة بالثمانية وهو ربوا
نصرنا الى التضمين بخلاف الجنس **قلت** فيه ايضا اشكال لامكان
التضمين بجنسها رديا وان لم يمكن بجنسها جيدا الا يرى انه لو انكسر الابريق

كما يجوز رواية الكتب على ما ذكرنا في كتاب
العتاق

وقيمته اقل من وزنه فانه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من
بالاتفاق فليخير التضمين بالجنس رديا في صورة الهلاك ايضا الهم الا بجوز
المعطوف اي فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس او بجنسه رديا وهكذا
في قوله وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه اي من خلاف جنسه او بجنسه
رديا وحاصل تعليلهما ان الاستيفاء هنا متعذر لانه ان كان بالوزن
لزم الضرر بالمرتهن وبطل حقه في الجودة وان كان بالمالية لزم اعتبار
الجودة عند المقابلة بالجنس وهي ساقطة عند المقابلة به لقوله عليه السلام
جيدها ورديها سواء فتعين التضمين غير ان التضمين بالقيمة بجنسها
جيدا متعذر لما فيه من الربوا فيصار الى التضمين بخلاف جنسه
او بجنسه رديا والله اعلم قوله لينتقض القبض اي الاستيفاء وذلك
ان استيفاء الدين قد حصل بالهلاك والحاجة الى نقضه دفعا للضرر
عن المرتهن فصرنا الى التضمين لينتقض استيفاؤه ويجعل الضمان مكان
الرهن الاول فتمكن المرتهن من استيفاء حقه كملا فان قلت ما ذكره
ابو يوسف ومحمد رح من انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر
بالمرتهن يشكل بجميع صور الرهن لان المرتهن يصير مستوفيا دينه بالهلاك
يدا لا رقبة وفي جعله مستوفيا باليد ابطال حقه في ملك الرقبة فينبغي
ان يصار الى التضمين لينتقض الاستيفاء الحكمي فيتمكن المرتهن من الاستيفاء
يدا ورقبة دفعا للضرر عنه قلت هذا الضرر محتمل بالنصوص
التي هي ناطقة باستيفاء المرتهن حقه من الرهن بالهلاك ولا نص في تحمل
الضرر الذي يلحقه بابطال حقه في الجودة فبقي على ما يقتضيه القياس
على انه لا فائدة في هذا التضمين للقطع بانه لا فائدة في ضمان قدر الدين
ثم الرجوع عليه بمثله والفائدة هنا محققة حيث يعود حقه في الجودة
قوله ويجعل مكانه اي الضمان مكان الرهن ثم تملكه اي ثم يفتكه الراهن
بقضاء الدين فيتملك الراهن ما جعل مكان الرهن الاول وفي بعض الحواشي
اي ثم تملكه المرتهن وهو لا يصح لان تملك المرتهن اياه لا يخلو اما ان جعل
ذلك المضمون رهنا مكان الاول ثم تملكه المرتهن او تملكه قبل ان جعل
رهنا مكان الرهن الاول فان جعله رهنا ثم تملكه لا يصح لان ذلك
حكم جاهلي ولو قلنا بانه تملكه قبل ان يجعله مكان الرهن الاول كان
مخالف الرواية مبسوط شيخ الاسلام والاسرار وشروح الجامع
الصغير وغيره كذا في الشرح قلت جاز ان يراد الاول اي تملكه المرتهن
يدا بعد جعله رهنا مكان الاول من حيث المالية تملكا غير متقرر كما هو الحكم

في سائر صور الرهن اذ المرتهن يتملك مالية الرهن يدا بمجرد الرهن ولكن
هذا التملك غير متقرر لاحتمال النقض باداء الدين ورده الى الراهن حتى
لو هلك في يد المرتهن يتقرر ذلك التملك فعلى هذا صح ان يكون الضمير
في تملكه للمرتهن والاغلاق انما يلزم ان لو كان المراد بالتملك هو الاحتباس
الكلي بحيث لا يتمكن الراهن من استرداده باداء الدين وليس المراد ذلك
فلا يلزم الاغلاق الذي هو حكم جاهلي ثم جاز ان يكون الضمير المنصوب
في تملكه للمضمون اي يجعله رهنا مكان الاول ثم يتملك المرتهن المضمون
وذلك ان الضامن انما يتملك المضمون بعد تسليم الضمان الى المالك او
الى نايبه وهنا لا تسليم الى المالك وهو الراهن فلا يتملكه المرتهن الذي
هو المالك في قبض الرهن الا بان يقبضه بحكم الرهن حتى تحقق تسليم الضمان
الى نايب المالك فيملكه بالضمان قوله واستيفاء الجيد بالردي جايز هكذا
وقع في بعض النسخ ولكن الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد لوجهين
احدهما ان الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به يؤذن ان الاصح ان يقال استيفاء
الردي بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان
في جواز استيفاء الجيد بالردي لا شبهة فيه فلا حاجة الى الاستدلال
لشيء اخر والثاني ان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرته
نبهرجة هي اقل من العشرة لردائته فكان المرتهن مستوفيا الردي بمقابلة
جيده كذا في الشرح قلت قولنا استوفى الجيد بالردي يحتمل معنيين
احدهما استوفى الجيد بمقابلة الردي والثاني استوفى الجيد بقبض الردي
وكذا قولنا استوفى الردي بالجيد يحتمل ان يكون معناه استوفى حقه
الردي باخذ الجيد او استوفى الردي بمقابلة الجيد فاستوت العبارتان
والمراد بقوله استيفاء الجيد بالردي هو المعنى الثاني بقرينة المقام
اي استيفاء الحق الجيد باخذ الردي ممن عليه الحق جايز كما اذا تجوز
به وهذا صحيح جدا قوله كما لو تجوز به وهذا لانه لما قبض الرهن
مع علمه انه بهلاكه يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن فكانه رضي
بزوال حقه في صفة الجودة كذا في الشرح وفيه نظر لما وقع
في غير موضع ان العوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهدة حتى لا ينزل
المشتري عالما بصرف البيع الى قفيز واحد فيما اذا اشترى صبرة كل
قفيز بدرهم وعلله الشارح بان العوام لا علم لهم بالمسائل المجتهدة
فلا ينزل المشتري عالما بالصرف الى واحد من القفزة والاستيفاء
عند الهلاك مجتهد فيه فكيف نزل عالما هنا بزوال حقه في صفة الجودة

قوله لانه لابد له من مطالب ومطالَب وقد يقال ان الاب
يجوز له ان يشترى مال الصغير ويتولى طرفى العقد مع انه يصير
مطالبا ومطالبا اذ حقوق البيع الى العاقد لان الامتناع لقطع
الحق والاب لوفور الشفقة على الصغير لا يعطل حق الصغير ظاهرا
فلا بأس ان يكون مطالبا ومطالبا فكذا ههنا لان الشفقة على نفسه
اتم منه على صغيره فلما جاز ذلك لحق الصغير جاز لحق نفسه اولى
وجوابه انا انما جوزنا ان يكون الاب مطالبا ومطالبا تنزيلا له
منزلة الشخصين كانه من حيث انه نايب عن الصغير شخص ومن حيث
ذاته بقطع النظر عن النيابة شخص اخر فيكون المطالب في الاعتبار
غير المطالب اما ههنا المرتهن فليس بقايم مقام الراهن بوجه حتى يمكن
ان يجعل شخصين ليصير مطالبا بوجه ومطالبا باخر نعم للخصم ان يقول
المطالبة يتلوا الوجوب وهما لا يوجبان الضمان على المرتهن بل يقولان
ان للمرتهن ان يؤدى قيمة المرهون من غير ان يطالبه المرتهن والمطالبة
من نفسه ان كان ممتنعا فاداء الضمان منه من غير مطالبة جايز قوله
وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه يعنى لا يمكن ان يقال ايضا ان
المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفى بالهلاك
ملكا له ومن المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين
تعذر النقض كذا فى الشاهان وفيه نظر اما اولا فلما صرح به
فى الشاهان فيما تقدم عند قوله والاستيفاء يقع بمالية ان العين
امانة فى يد المرتهن وهو بمنزلة الكيس للمالية فكان الراهن جعل
قدر الدين فى كيسه وسلمه اليه ليستوفى حقه منه فعند الهلاك فى يده
يتم استيفاؤه فى قدر حقه الا انها لم تصر ملكا له لان المالية صفة
العين والاوصاف لا تملك قصدا الى هنا لفظه فهذا تصريح بان
المستوفى وهو المالية لا تصير ملكا له وهذا هو المفهوم من الكتاب
فيما سبق حيث قال فى اول الباب عند بيان ان الرهن مضمون ولا وجه
الى استيفاء الباقى بعد الاستيفاء يدا وهو ملك الرقبة بدونه اى
بدون ملك اليد فهذا تصريح بان الملك فى الرقبة لا يثبت للمرتهن
بالهلاك فلم لا يضمنه باعتبار ملك الرقبة على ما هو الاصل فى الضمان
لما عرف وجوابه انه ان لم يملك الرهن فقد يملك اليد عليه فلو ضمن
لا يخلو اما ان يضمن بمقابلة ملك اليد او بمقابلة ملك الرقبة لا وجه للاول
لان ملك اليد للمرتهن والانسان لا يضمن ملك نفسه ولا للثانى

لان الضمان

لان الضمان لابد له من مطالب ولا مطالب ههنا فعلى هذا كان التعليل
بطريق الترديد وايضا ما ذكر ان عين المرهون امانة فى يد المرتهن
وانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه بالمالية يدا لا رقبة فذلك فيما اذا
لم يكن المرهون من جنس حقه اما اذا كان من جنسه فح يصير مستوفيا
بالعين فيدخل العين فى ملكه الا يرى انه يستوفيه من حيث الوزن
وهو يتعلق بالعين دون المالية واما ثانيا فلما ذكر فى الذخيرة
ان الرهن بعين مضمونة بنفسها جايز وله ان يحبس الرهن حتى يسترد العين
فان هلك الرهن فى يده قبل استرداد العين يرد الاقل من قيمة العين
او الرهن ويسترد العين وقد سبق ان الرهن بالعين المضمونة بنفسها
رهن بالقيمة التى هى دين اما باعتبار انها الموجب الاصلى ورد العين
مخلص على ما عليه الجمهور واما باعتبار تحقق سبب وجوبه على ما
ذهب اليه البعض فاذا كان رهنا بالضمان يصير مستوفيا الضمان
عند الهلاك مع انه يضمنه لاسترداد العين وفيه تضمين الانسان
ملك نفسه وهنا لا يضمن حتى لا ياخذ حقه كملا فلا بد من الفرق نعم
هما يفترقان على النكتة الاولى وذلك ان الغاصب هنا مطالب للقيمة
من المالك لان فيه فائدة وربما يكون الفائدة فى دفع العين واخذ القيمة
بخلاف مسئلتنا اذ لا فائدة للراهن فى نقض هذا الاستيفاء بل فائدته
فى ابقائه ثم حيث يؤدى الجيد بتسليم الردى بحسب قوله من محل اخر
فى الحاشية وهو المالية لا عين الرهن وفيه نظر لان الاستيفاء
لا يكون الا من المالية اما العين فامانة فى يده لا يقع به الاستيفاء البتة
فالظاهر ان المراد من محل اخر غير المرهون قوله اعتبار الحالة الانكسار
بحالة الهلاك وفيه نظر اما اولا فلان الاعتبار بحالة الهلاك لا يوجب
التخيير بين ان يفتكه ناقصا وان يجعله الدين بل الاستيفاء بالمالية
يتعين عند الهلاك والمدعى هنا هو التخيير وجوابه ان المطلوب اثبات
ان له ان يجعله بالدين اما خيار ان يفتكه بجميع الدين فباعتبار ان له
ان يتحمل الضرر مع تمكنه من دفعه بجعله بالدين واما ثانيا فهو الذى
اشار اليه بقوله قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية يعنى ان الاعتبار
بالهلاك لا يقتضى ان يجعله بالدين بمعنى ان يتملكه المرتهن بدينه لما ان
الاستيفاء بالمالية يكون واما العين فامانة فى يده حتى يكون كفنه على الراهن
وجوابه سيأتيك قوله وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع
المقاصة لا ان يتملك المرتهن عين الرهن بالدين وهنا بحث اما اولا

فلانه لوكان مضمونا عليه بالقيمة لكان ينبغي ان يتملكه المرتهن اذ الضمان
من اسباب الملك وقد سبق ان العين امانة حتى يكون كفنه على الراهن
وجوابه ان المراد بقوله مضمونا بالقيمة انه مضمون بالنظر الى القيمة بمعنى
ان قيمته هي المضمونة لا العين لانها امانة وذلك ان الرهن ابقاء الدين
بقيمة المرهون والعين كالكيس لها فهو بمنزلة ما اذا دفع المديون
دراهم في كيس ليستوفي رب الدين دينه منه والمضمون هناك على رب
الدين هو الدراهم دون الكيس كذلك ههنا المضمون على المرتهن
هو قيمة الرهن لا غير فيقع المقاصة بين الدينين فالمضمون في الرهن
هو القيمة بالمثل لا العين بالقيمة فلا يتملكه المرتهن فعلى هذا التحقيق
يكون الباء في قوله بالقيمة للسببية وليست بصلة لقوله مضمونا فلا
يرد ما قيل واما ثانيا فلما ذكرنا ان الاستيفاء بالمالية دون العين
انما يكون فيما لا يمكن الاستيفاء بالعين وذلك بان يكون المرهون
من خلاف جنس الدين اما اذا كان من جنسه فالاستيفاء يكون بالعين
ولهذا يصير مستوفيا بالوزن دون القيمة والابريق المنكر من جنس الدين
فيكون الاستيفاء ههنا بالعين فيتملكه المرتهن لانه يقبل التملك
واما ثالثا فلان التقاصي انما يقع اذا تجانس الدينان فينبغي ان لا يقع
المقاصة في الرهن فيما لا تجانس بين قيمة الرهن والدين كما في الرهن
بالمسلم فيه فانه لا تجانس بين قيمة الرهن والمسلم فيه اذ القيمة لا بد
وان تكون ثمنا والمسلم فيه لا بد وان يكون مثمنا فينبغي ان لا يقع المقاصة
في الرهن بالمسلم فيه اذ لا مقاصاة عند اختلاف الدينين وجوابه
ان المسلم فيه يجب بصورته ومعناه اعني القيمة وبهلاك الرهن يصير
المرتهن مستوفيا بمعناه بطريق المقاصاة وذلك بان يجب على المرتهن
مثل قيمة الرهن او الدين للراهن وله عليه مثل ذلك وهو معنى المسلم
فيه فيلتقيان قصاصا فيصير مستوفيا للمسلم فيه بمعناه ثم لما استوفاه
من حيث المعنى تعذر استيفاؤه من حيث الصورة لما فيه من تكرار
الاستيفاء فالحاصل ان المرتهن لا يستوفي بمالية المرهون صورة
المسلم فيه ومعناه حتى يلزم الاستبدال والمقاصاة مع عدم التجانس
بل يصير مستوفيا معناه بمالية المرهون غير ان استيفاء المعنى يمنع
من استيفاء الصورة لما فيه من تكرار استيفاء المعنى كما مر واما رابعا
فلما عرف ان المرتهن يصير مستوفيا دينه بهلاك الرهن مؤجلا كان
الدين او حالا فلو كان الاستيفاء بطريق المقاصة على نحو ما ذكر لكان ينبغي

ان لا يقع

ان لا يقع الاستيفاء بالهلاك فيما اذا كان الدين مؤجلا اذ المقاصاة
مشروط بمساواة الدين حالا ومؤجلا وجوابه ان الرهن ايفاء
للدين بقيمة الرهن فكان الراهن راضيا بسقوط حقه في الاجل كما
لو عجل الدين حقيقة قوله وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو
حكم جاهلي وقد يقال معنى غلق الرهن صيرورته مملوكا للمرتهن ان لم يؤد
الراهن الدين الى وقت كذا وجعله بالدين هنا عبارة عن جعله تمه
بمقابلة الدين وهذا بيع للرهن من المرتهن بالدين الذي عليه ولا منع
من بيعه منه بالدين بالاجماع قوله ويفرز سدسه حتى لا يبقى الرهن
شايعا فان قلت لما ملك المرتهن خمسة الاسداس بالضمان بقي رهن
السدس الواحد شايعا بالضرورة فيجب ان يفسد واذا فسد وجب ان لا يجبر
على الافراز كما لو رهن السدس الشايع ابتداء اجيب بان هذا القدر
من الشيوع الذي لا مرد له عفو دفعا للضرر عن المرتهن قوله ويكون
اي السدس المفرز مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فان قلت قد مر
ان قدر الامانة انما يحبس ضرورة عدم التمييز حتى لو امكن التمييز لم يكن
الزايد رهنا كما لو رهن عبدا قيمته الفان بالف فقتل وقيمته الفان
فاراد المرتهن ان يحبس كل القيمة لم يكن له ذلك وهنا لما ضمن خمسة الاسداس
منه صار المضمون بالدين متميزا عن قدر الامانة فيجب ان لا يكون الزايد
رهنا معه اجيب بان ما ضمن المرتهن فهو قيمة قدر المضمون بالدين لا قيمة
ما هو مضمون بالدين حتى يتميز المضمون عن قدر الامانة قوله ولانه شرط
لا يقتضيه العقد لا يقال بل يقتضيه لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء
وشرط ايفاء الثمن واستيفائه شرط يقتضيه العقد لانا نقول انه
وان كان ايفاء فهو ايفاء حكمي لا حقيقي والايفاء يدا لا رقبة على ما عرف
ومقتضى العقد هو الايفاء والاستيفاء الحقيقيان قوله وانه يلايم
الوجوب والوجوب مقتضى العقد فكان مقتضاه حكما قولنا اعتبرنا
فيه المعنى وهو كونه مقتضى العقد حكما وقوله وهو ملايم تعليل لكونه
مقتضى حكما لانه ما صار مقتضى له حكما الا لكونه ملايما وقوله للجهالة
تعليل للصورة الاولى وهي ما اذا كان الرهن والكفيل غير معين دون
الثانية وهي ما اذا كان الكفيل غايبا لظهور ان الغيبة لا توجب الجهالة
بل الفساد في الوجه الثاني باعتبار ان القبول في الكفالة شرط
في المجلس ولم يوجد فبقي شرطا محضا ليس فيه معنى التوثق الذي يصير به
ملايما قوله لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة وفيه بحث

قد سبق **فصــــل قوله** الا يرى انه لو قبل الرهن فى احدهما جاز بخلاف
البيع فانه لو قبل المشترى البيع فى احد العبدين عند تفريق الثمن لم يجز
وهذا عند من لا يرى تفرق عقد البيع عند تفريق الثمن فاما من يرى
ذلك فهو يجوز قبول الثمن فى احدهما دون الاخر **قولــه** فان رهن عينا
واحدا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه سواء كانا شريكين
فيه او لا جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف
الى كل العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فى المحل باعتبار تعدد المستحق
وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى
فصار محبوسا بدين كل واحد منهما فكان استحقاق الحبس لهما استحقاق
واحد من غير انقسام بخلاف الهبة من اثنين عند ابى حنيفة رضى الله
عنه فان هناك لا بد من انقسام الحكم وهو الملك بينهما فيدخل
الشيوع وفيما نحن فيه لا حاجة الى هذا لان العين الواحد يجوز ان يكون
محبوسا بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق فى استحقاق الحبس
فلا يدخل فيه الشيوع كذا فى الكافى **قلت** وهذا يشكل بما ذكر
فى الكافى فى اخر فصل المتفرقات حيث قال اذا كان الراهن واحد
والمرتهن اثنين فقال احد المرتهنين ارتهنته انا وصاحبى هذا
الثوب منك بمائة درهم واقام البينة على ذلك وجحد المرتهن الاخر
والثوب فى ايديهما والراهن يجحد الرهن قال ابو يوسف رح لا يقضى
بالرهن لواحد منهما ويرد الرهن على الراهن **قيل** قول ابى حنيفة كقول
ابى يوسف رح لهما انه لو صح فى حقه بالنصف لكان مشاعا ولا يمكن
تصحيحه فى حق صاحبه لانه لا ولاية له عليه فتعذر القضاء هذا
لفظه ووجه الاشكال ظاهر الا ان يراد بقوله لا يمكن تصحيحه فى الكل
تصحيحه فيه على وجه يكون هلاك الجميع عليه **قولــه** وهنا مما لا يقبل
الوصف بالتجزى يعنى ان اجزاء الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل
كل الرهن يجب ان يكون محبوسا بكل الدين واذا لم يكن منقسما لا يؤدى
الى الشيوع فاما الهبة من اثنين فهو منقسم عليهما فيؤدى الى الشيوع
فالفرق بناء على ان الرهن لا ينقسم والهبة تنقسم **قولــه** لان كل واحد
اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا
القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا
عملا على وفق الحجة **قلت** هذا لا يصلح عذرا فيما اذا كانت قيمة الرهن
تساوى الدينين جميعا بان كان دين كل واحد عشرة وقيمة الرهن عشرين

فان هناك لو قضى القاضى بهاتين البينتين يثبت بكل واحد منهما
حبس يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء فينبغى ان يجوز القضاء والمنع
مطلق الا ان يقال حاصل التعليل راجع الى ان مقتضى كل من البينتين
خلاف ما يقتضى الاخرى وهذا القدر ثابت فيما اذا كان الرهن
وافيا بالدينين لان بينة كل يقتضى ان يكون كل منهما حابسا كل الرهن
بجهة الاصالة لا غير ولو قضى بهما لزم ان يكون كل منهما حابسا اصالة بالنسبة
الى دينه نائبا لصاحبه فى الحبس بالنسبة الى دينه وليس هذا عملا بما
اقتضى كل من البينتين على ما لا يخفى **وايضا** يشكل بما اذا قامت البينتان
من رجلين على الملك فى عين فانه يقضى بالنصف بينهما مع ان ذلك عمل
على خلاف ما اقتضيه الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته ملكا فى كل
العين وبالقضاء يثبت الملك فى بعضها **الا ان يقال** ان القياس
هو التهاتر فى دعوى الملك ايضا كما هو قول الشافعى رح الا انا تركناه
بالنص وهو حديث تميم بن طرفة الانصارى ان رجلين تنازعا فى عين
بين يدى رسول الله عليه السلام فاقاما البينة فقضى رسول الله ع م
بينهما نصفين ولا نص فى مسئلة الرهن فبقى على اصل القياس
وما ذكر فى الحاشية من الفرق بين مسئلة الرهن ومسئلة دعوى الملك
بان المحل يقبل الانقسام فى حق الملك دون الحبس فلا يخفى انه لا يجدى
به التفصى عما يرد اشكالا على المتن وهو ان فى دعوى الملك ايضا عملا
بخلاف مقتضى الحجة الى اخر ما ذكرنا ثم **الاوجه** ان يقال ان اللازم
فى مسئلة الرهن اثبات خلاف مقتضى البينة **وفى** مسئلة دعوى
الملك المطلق او الشراء اللازم ترك العمل بالبينة فى البعض بمعارضة
بينة اخرى والاول باطل والثانى جائز وذلك ان مقتضى البينة
فى مسئلة الرهن ثبوت حبس يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء
وانت تثبت بها حبسا يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء والتسمية
تثبت نوعا من الحبس وانت تثبت بها نوعا اخر فقد عملت بالحجة على خلاف
مقتضاها بخلاف مسئلة دعوى الشراء او الملك المطلق فان مقتضى
البينة فيها اثبات الملك للمدعى فى النصفين وانت تثبت الملك
فى احد النصفين ولا تثبت فى النصف الاخر بمعارضة حجة اخرى
فيكون من باب ترك العمل بالحجة بالمعارضة لا من باب اثبات خلاف
مقتضى الحجة والله اعلم **فان قلت** هذا فى دعوى الملك المطلق ظاهر
لان البينة تثبت الملك فى النصفين وانت تثبت فى احدهما ولا تثبت

في الاخرى فكان من باب ترك العمل بالحجة لا من باب اثبات خلاف مقتضاها
واما في مسئلة الشراء فالبينة تثبت شرى هو سبب للملك في الكل
وان تثبت شرى هو سبب للملك في البعض فكان من باب اثبات
خلاف مقتضى الحجة اجيب بان الشرى ليس بمقصود بل المقصود
اثبات الملك فيكون في الحقيقة كدعوى الملك بخلافه في الرهن
اذ المقصود هو الحبس والبينة تثبت نوعا من الحبس وان تثبت
بها نوعا اخر فافترقا على ان البينة تثبت شرى النصفين الا انك
تثبت شرى احد النصفين دون الاخر بالمعارضة وفي مسئلة الرهن
البينة تثبت حبس الكل على وجه يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء
وان تثبت بها حبس الكل لكل منهما على وجه يكون وسيلة الى استيفاء
شطره والثابت بها نوع حبس والمثبت بها نوع اخر والله اعلم نعم
لو كان الثابت بالبينة حبس الكل والمثبت بها حبس البعض لكان
من قبيل الشراء والملك ولكن الثابت بها حبس الكل بحيث يكون
وسيلة الى مثله في الاستيفاء والمثبت حبس الكل لكل منهما بحيث يكون
وسيلة الى شطره في الاستيفاء وكل من هذين الحبسين نوع اخر
فافترقا **قوله** والعبد في ايديهما **قلت** ما ذكر في وجه الاستحسان
وهو ان المقصود بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه
احق به من ساير الغرماء دون الحبس وكل منهما يثبت لنفسه الاختصاص
بالعين حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضي لكل منهما
بالنصف واما في حالة الحيوة فالمقصود هو الحبس وذا لا يحتمل الشركة
في العين اذ الشايع لا يدوم حبسه لا يفرق بين ان يكون العبد في ايديهما
او في يد وارث الراهن فالتقييد بقوله في ايديهما مما لا يعرف له وجه
قوله وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء
بالبيع والشياع لا يضره **قلت** اذا كان حكم الرهن بعد الموت هذا
كان ينبغي ان يصح استرداد الرهن بعد الموت للانتفاع به لانه لا يمنع
تعيين البيع الا يرى ان حكم الرهن عند الشافعي رح كما كان هو التعيين
للبيع لم يكن الرهن عنده مانعا عن استرداده للانتفاع فلو كان حكم
الرهن بعد الموت عندنا كحكمه حالة الحيوة عنده لما كان مانعا
عن الاسترداد للانتفاع بعد الموت عندنا ايضا كما هو ليس بمانع
عنده حالة الحيوة وقد جعل المصنف رح الاختلاف بيننا وبينه
في جواز الاسترداد مبنيا على ان حكم الرهن الحبس الدائم عندنا والاسترداد

يمنعه

يمنعه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع والاسترداد
لا يمنعه فلو كان حكم الرهن بعد الموت عندنا كحكمه حالة الحيوة عنده
لكان له ولاية الاسترداد بعد الموت بالاجماع وايضا يشكل بما ذكر
في الكافي في باب التصرف في الرهن انه لو مات مستعير الرهن مفلسا
بقي رهنه ولم يبع الرهن الا برضاء المعير لان ملكه قايم فان اراد المعير
البيع وابى المرتهن وبه وفاء بيع بلا رضاه لان حقه في الاستيفاء
وقد سلم له وان لم يكن فيه وفاء شرط رضاه لان له في الحبس منفعة
فقد يحتاج المعير الى الرهن فيقضي دينه او يتغير السعر هذا لفظه
وفيه اشارة الى ان الحبس مقصود بعد الموت ايضا والا لما شرط
رضاء المرتهن بالبيع سواء كان فيه وفاء بالدين او لم يكن ثم ما ذكره
المصنف رح من قبل وجها للقياس فيما اذا اقاما البينة على الرهن حالة
الحيوة بعينه يتاتى فيما اذا اقاما البينة بعد الممات ايضا لان كل واحد
يثبت ببينة ولاية استيفاء كل الدين ببيع الرهن فيما اذا كانت قيمة الرهن
مثل الدين او اكثر واستيفاء قيمته اقل من الدين وبهذا القضاء يثبت
ولاية استيفاء بعض الدين بالبيع وهذا عمل على خلاف ما اقتضته
الحجة فينبغي ان لا يقضي بالبينتين بعد الممات ايضا الا ان يقال المقصود
باقامة البينة بعد الموت هو المال فيعتبر بدعوى الملك وفيه يقضي
بالبينة بالنص الذي روينا فكذا هنا والله اعلم

باب الرهن يوضع على يد العدل

قوله وقال مالك رح لا يجوز الى قوله فانعدم
القبض هذا يشعر بان القبض شرط في الرهن عنده وذكر في اول
الباب ان القبض ليس بشرط عنده فكان له قولين في اشتراط القبض
كذا في الحاشية وفي الكافي وقول صاحب الهداية وقال مالك لا يجوز
الى قوله فانعدم القبض مشعر باشتراط القبض عند مالك رح وقد ذكر
في اول الرهن وقال مالك رح يلزم بنفس العقد وهو نص على عدم اشتراطه
فكان له قولين في اشتراطه وقد يقال ما ذكر في اول الكتاب لا يدل
على ان القبض ليس بشرط عند مالك رح لثبوت حكم الرهن وان كان
يدل على انه ليس بشرط للزوم العقد عنده حيث قال وقال مالك
يلزم بنفس العقد ومن الجائز ان يكون الشيء شرطا لترتب الاحكام
وهو لا يدل على انه لا يلزم عنده بدونه ايضا حتى يخالف ما صرح به اولا
ويؤيده ما ذكر في الحاشية ان قبض المرتهن شرط اجماعا **وجوابه** ان ما
ذكره المصنف رح من مذهب مالك في اول الكتاب بقوله وقال مالك رح

يلزم بنفس العقد فمعناه انه لا يحتاج الى القبض لتحقق الحكم بل لانه شبه بالبيع حيث قال لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع وحكم البيع يثبت بنفس العقد فكذا حكم الرهن وبدليل ان اصحابنا احتجوا عليه بقوله تعالى فرهان مقبوضة وانما يستقيم الاحتجاج به على من لا يرى القبض من شرايط لزوم عقد الرهن ولا من شرايط ترتب الحكم عليه اما من ذهب الى لزومه وعدم احتماله الفسخ بمجرد العقد ولكن القبض عنده شرط لترتب الحكم عليه فلا يتم به الاحتجاج عليه لان له ان يقول ان النص يقتضي ان يكون القبض شرطا في الرهن ونحن نقول به فانه شرط لترتب الحكم فاما ان يكون شرطا للزومه وعدم احتماله الفسخ فلا دلالة للنص على ذلك فلا يتم الاحتجاج كما ذكر في اول الكتاب واما ما ذكر في اول الكتاب الحاشية فمحل تامل نعم يمكن ان لا يكون شرطا للزوم العقد ولا لترتب الحكم عليه عند مالك كما في البيع ولكن يفسد الرهن بشرط يؤدي الى امتناع قبض المرتهن وذلك ان القبض ان كان ليس بشرط فهو مستحق بعقد الرهن كما في البيع وكل شرط يؤدي الى امتناع [illegible] ما هو مستحق بالعقد فهو مفسد لذلك العقد فيفسد الرهن باشتراط وضعه في يد العدل كما يفسد البيع بشرط ان يبقى المبيع في يد امين اخر غير البايع والمشتري فالقول بفساد عقد الرهن عنده اشتراط ان يوضع في يد العدل عند مالك لا ينافي ما ذكر اولا من عدم اشتراط القبض لعقد الرهن عنده ومعنى قوله فانعدم القبض فامتنع القبض وعدم القبض ان لم يؤثر في فساد الرهن فامتناع القبض بحيث لا يمكن قبضه يفسده والله اعلم ثم ذكر في المبسوط وشرح الاقطع ابن ابي ليلى مكان مالك هنا ففي المبسوط قال ابن ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك في يد العدل لم يسقط الدين فان مات الراهن فالمرتهن اسوة الغرماء بما فيه **قوله** لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع **فان قلت** كما هو نايب عنه عندا لاستحقاق عليه لا على المرتهن في حفظ العين فهو نايب عن المرتهن في المالية والعين مضمونة باعتبار المالية لا باعتبار ذاته **اجيب** بان جانب الراهن راجح لان العدل في حق العين نايب عنه على الخصوص وفي حق المالية نايب عن الراهن من حيث الايفاء وعن المرتهن من حيث الاستيفاء فكان جانب الراهن راجحا

فيرجع

فيرجع بالضمان عليه **قوله** والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي هذا يستقيم على قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا يستقيم لما مر من قوله تعليلا لعدم كون مودع المودع ضامنا وله انه قبض المال من يد امين لانه اي المودع لا يضمن بالدفع ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي بينهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اي بالمفارقة الى اخره هذا كلامه وانه تصريح بان المودع لا يضمن بالدفع الى الاجنبي بل يضمن بالمفارقة **قوله** واذا ضمن العدل قيمة الرهن الى قوله لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا **فان قلت** قد سبق في مسئلة انكسار الابريق المرهون انه اذا ضمن المرتهن قيمته تكون القيمة رهنا عند المرتهن ولم يذكر هناك انه يؤخذ القيمة من المرتهن ثم يجعل رهنا مع ان المرتهن يصير قاضيا ومقتضيا اذا جعلت القيمة رهنا قبل التسليم الى الراهن كما هو ظاهر لفظ الكتاب **اجيب** بان المرتهن بعد انكسار الابريق بقي مودعا للراهن في العين فيكون يده كيد الراهن وانه انما يضمن القيمة بجهة المالية ويده في المالية يد نفسه فينزل منزلة شخصين فيضمن القيمة ويصير قاضيا من حيث ان يده في المالية يد نفسه ومقتضيا من حيث ان يده يد امانة فاختلفت الجهتان نعم يشكل بانه انما يصير قاضيا ومقتضيا اذا احتيج في جعلها رهنا الى القضاء والاقتضاء ولا حاجة اليه اذ الدين القايم مقام المرهون يصير رهنا قبل ان يقبض على ما يجيء فيما اذا باع العدل وجوابه سياتيك في الموضعين ان شاء الله تعالى **قوله** وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي قاس التوكيل المشروط في عقد الرهن بالتوكيل بالخصومة من المدعى عليه بالتماس المدعي مع اختلاف حكمهما فان عزل الوكيل ببيع الرهن لا يصح سواء كان بمحضر من المرتهن وبغير محضر منه الا برضاه فاما عزل الوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس المطالب فيصح اذا كان بمحضر من الخصم وان لم يرض به نص عليه في الذخيرة والقياس مع اختلاف حكم الاصل والفرع تقييدا واطلاقا باطل **قوله** والراهن غايب التقييد به يشير الى انه لو كان الموكل حاضرا لا يجبر الوكيل على البيع وينبغي ان يجبر مطلقا للزوم الوكالة وتعلق حق المرتهن به فيكون للمرتهن ان يجبر وكما لا ينعزل الوكيل بعزل الراهن لتعلق حق المرتهن به يجب ان لا ينعزل بعزل الوكيل نفسه ايضا ولو بحضر من الموكل للزوم هذه الوكالة لكونها في ضمن عقد لازم ولتعلق حق الغير به

بخلاف الوكيل بالخصومة بطلب الخصم حيث لا يجبر على الخصومة
الا اذا غاب موكله لان له ان يعزل نفسه حال حضرته وذكر
في التاتارخانية يجبر هذا الوكيل على البيع مطلقا من غير تقييد
بكون الراهن غايبا حيث قال ان كان التسليط مشروطا في الرهن
يجبر عليه وان كان بعد تمامه ذكر الكرخي انه لا يجبر وهو رواية
ابي يوسف رح وبه اخذ بعض المشايخ وبعضهم قالوا يجبر واليه
اشار محمد رح قال شيخ الاسلام وهو الصحيح وذكر شمس الائمة
السرخسي ان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لا يجبر العدل
على البيع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجبر وفي السراجية
واذا سلط العدل على البيع وامتنع عنه ودفع المرتهن الامر
الى القاضي فالقاضي يجبره على البيع بعد ان يقيم البينة على الرهن
والتسليط على البيع قال شيخ الاسلام العدل يخالف الوكيل
بالبيع المفرد من اربعة اوجه احدها ان العدل يبيع الرهن
يجبر على البيع اما على الوفاق او على الخلاف ولا ينعزل بموت الراهن
على الوفاق او الخلاف وهذه الاحكام غير ثابتة في حق الوكيل
بالبيع المفرد وفيما عدا هذه الاحكام العدل والوكيل بالبيع المفرد
على السواء وذكر في الكافي في اخر متفرقات الرهن مسئلة تدل
على ان غيبوبة الراهن ليس بشرط لجبر الوكيل على البيع حيث قال رهن
امة قيمتها الف بالف وامر عدلا ببيعها ان حل الاجل فجاء المرتهن
بامة تساوي الفا وطلب من العدل بيعها فقال الراهن المرهونة
غيرها وقال المرتهن بل هي وصدقه العدل الراهن او قال لم ادر
اهي ام لا فالقول للمرتهن لانه القابض وحلف العدل العلم بالله
ما نعلم انها تلك الجارية لانه تحليف على فعل الغير وهو تسليط
الراهن اياه بيعها فان نكل جبر على بيعها واذا باع سلم الثمن
الى المرتهن وان حلف يجبر الراهن على بيعها لانه وقع الياس عن بيع
العدل فيجبر الموكل كما لو مات العدل وان ابى باع القاضي او امينه
لانه امتنع عما هو مستحق عليه وهو امر يجري فيه النيابة فناب القاضي
منابه ليصل الحق الى المرتهن الى هنا كلامه فقد نص بجبر العدل
المأمور ببيع المرهونة مع كون الراهن حاضرا **قوله** والثمن قايم مقامه
فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا **فان**
قلت فالعدل اذا ضمن قيمة الرهن يرده الى الراهن والمرتهن وجب

ان يكون

ان يكون القيمة رهنا وان لم يكن مقبوضا بجهة الرهن لقيامه مقام
ما كان مقبوضا فلا يحتاج الى قبضه حتى يصير الواحد قاضيا ومقتضيا
اجيب بان الشيء القايم مقام الرهن المقبوض انما يكون رهنا لكونه
مقبوضا حكما والشيء انما يثبت حكما اذا امكن ثبوته حقيقة والثمن الواجب
يمكن قبضه منه حقيقة فيصح اعتباره مقبوضا حكما اما القيمة الواجبة
على العدل فلا يمكنه قبضها من نفسه حقيقة فلا يعتبر مقبوضا حكما
ايضا فالحاجة ماسة الى اقتضاء القيمة من العدل لما سنبين ان شاء
الله تعالى اما العدل فهو امين في حق الراهن والمرتهن جميعا واذا
تعدى في حق احدهما وصار ضامنا خرج من ان يكون مودعا فلا بد
من وقع التعدي في حقه حتى يصح ان يجعله مقتضيا من قبله
ووجه اخر نذكره ان شاء الله تعالى **قوله** وان شاء ضمن العدل لانه
متعد في حقه بالبيع والتسليم لو قال لانه متعد بالاخذ والتسليم
لكان اولى لما عرف ان بيع مال الغير ليس بتعد وانما التعدي هو
التسليم الى المشتري وايضا لو كان التعدي منه هو التسليم لكان
ينبغي ان لا ينفذ البيع عليه اذا ضمنه المستحق لان ملكه متاخر عن التسليم
فلا يظهر بتضمينه انه باع ملك نفسه وقد صرح بعد هذا بان المستحق
ان ضمن البايع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع
ملك نفسه ولا يخفى انه انما يتبين ذلك اذا جعل سبب الضمان هو الاخذ
السابق على البيع ليستند الملك اليه فيظهر انه باع ملك نفسه اما لو جعل
السبب هو التسليم لا يستند الملك اليه وهو متاخر عن عقد البيع فلا يظهر
عند الضمان انه باع ملك نفسه الا ان يقال نحن ما نفذنا البيع
القولي السابق على التسليم بل نفذناه بالتعاطي بقبض المشتري والتسليم
سابق على التعاطي **قوله** لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع
قلت هذا بناء على ما مر من قوله وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهو
الاصح اذ المراد بالوجه الثاني هو قوله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
اتواء حقه ففيه اشارة الى ان حق المرتهن كما يتعلق بالوكالة المشروطة
في عقد الرهن يتعلق بالوكالة التي هي بعد تمام الرهن على خلاف ما ذكر هنا
ولان تعلق حق المرتهن بهذه الوكالة من حيث رجوع نفعها اليه ضروري
لا مرد له فلا وجه لانكاره وغاية ما يمكن ان يقال توكيل العدل
ببيع الرهن يصلح حقا للراهن والمرتهن جميعا لتعلق نفعهما به غير انه ان كان
مشروطا في الرهن كان المقصد الاصلي فيه نفع المرتهن لانه شرط فيه

لتأكد جانب الوثيقة التي هي حق المرتهن فاعتبر حقا له والا يعتبر حقا
للراهن حيث وكله ليكون ذلك وسيلة الى اسقاط الدين واخلاء ذمته
عنه اذ الدين حائل بين الجنة والمرء نعم لقائل ان يقول هذا التوكيل
ان كان بطلب المرتهن وجب ان يعتبر حقا له وان كان بغير الطلب يعتبر
حقا للراهن كالتوكيل بالخصومة اذا كان بالتماس المدعي اعتبر حقا له حتى لا يتمكن
الخصم من عزله الا بمحضر منه او برضاه على اختلاف فيه وان كان بغير
التماسه يعتبر حقا للمدعى عليه فيصح عزله **قوله** وهذا يؤيد قول من
لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع **فان قلت** فما جواب قول من يرى
الجبر وهو الاصح **اجيب** بان المسئلة على قوله ممنوعة **قوله** لان كل واحد
منهما متعد في حقه بالتسليم والقبض اي الراهن بالتسليم والمرتهن
بالقبض كذا في الشاهان ويشكل بان الراهن لو كان متعديا بالتسليم
لكان ملكه عند تضمين المستحق اياه متأخرا عن عقد الرهن لضرورة
تأخر التسليم عنه فينبغي ان لا يصح الايفاء بنفاذ عقد الرهن
وهو صحيح كما يفصح عنه قوله فان ضمن الراهن فقد مات بالدين
لانه ملكه باداء الضمان فيصح الايفاء وما ذكره في الحاشية انه
ملكه باداء الضمان من وقت الغصب وغصبه كان قبل الرهن
فاذا ملكه من يومئذ صح الرهن فظاهر انه لا يوافق ما هو المذكور
في الكتاب لانه جعل سبب الضمان التسليم دون الغصب السابق
على الرهن على انه لا يتم ذلك فيما اذا كان الراهن مودعا اذ المودع
انما يضمن بالتسليم دون القبض السابق فيكون ملكه متأخرا عن عقد
الرهن لا محالة وقد يجاب عن هذا بان التسليم ان كان لاحقا
من عقد الرهن قوله فنحن ما نفذناه من الراهن وانما نفذناه رهنا
وجب بالتعاطي عند قبض المرتهن اياه باذن من الراهن على وجه الرهن
ولا خفاء ان قبض المرتهن متأخر عن التسليم الذي اليه يستند ملك
الراهن والقبض من غير تسليم يكفي لثبوت العقد بالتعاطي فان من
قبض مال انسان واعطى له بدله يثبت بيع بالتعاطي وان لم يوجد من البائع
تسليم ولكن يشكل عليه بان المستحق اذا ضمن المرتهن ورجع هو على الراهن
فالراهن ايضا ملك من وقت التسليم على ما صرح به الشارح بعد هذا
وبه يشعر قول المصنف رح في جواب طعن ابي خازم حيث قال انه يرجع
عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم الخ مع انه لا يصح الايفاء هناك
اصلا وقد جعل المصنف رح تأخر الملك عن عقد الرهن القولي مانعا

عن الايفاء مطلقا على ما يأتيك في جواب طعن ابي خازم فلو كان قبض
المرتهن معتبرا لانعقاد العقد بينهما بالتعاطي لما صح الحكم ببطلان
عقد الرهن وعدم صحة الايفاء على تقدير ان يكون رجوع المرتهن عليه
بالغرور الحاصل بالتسليم كما في صورة تضمين الراهن لظهور ان الملك
على هذا التقدير ان كان يتأخر عن التسليم فهو يتقدم على قبض المرتهن
لا محالة الا ان يقال انعقاد الرهن بالتعاطي عند قبض المرتهن
مختلف فيما بينهم الا يرى ان المودع لو رهن فسلم ثم ضمنه المستحق
قيل ينفذ عقد الرهن بالتعاطي بقبض المرتهن وقيل لا ينفذ لتأخر
الملك عن عقد الرهن فكانه لا يعتبر التعاطي فما ذكره المصنف رح
في جواب طعن ابي خازم من الترديد بقوله انه يرجع عليه بسبب الغرور
بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه مبني على هاتين الروايتين
اي من لم يجعل قبض المرتهن رهنا بالتعاطي فالعذر له من طعن
ابي خازم بان يقول انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم
فيثبت الملك له مستندا الى وقت التسليم وهو متأخر عن عقد الرهن
فلا ينفذ ومن اعتبر قبض المرتهن رهنا بالتعاطي فالعذر له من طعنه
ان يقول ان الملك يثبت للمرتهن اولا بالضمان ثم ينتقل منه الى الراهن
فيكون ملك الراهن متأخرا عن قبض المرتهن الذي به ينفذ الرهن
بالتعاطي فلا جرم لا ينفذ عليه ثم من جعل الراهن مالكا من وقت
التسليم فكانه اختار ان الملك يثبت لمن عليه قرار الضمان ابتداء
كما يشعر به قوله في بيان الطعن والملك يثبت لمن عليه قرار الضمان
ومن قال انه يملكه بانتقال الملك من المرتهن اليه فكانه يجعل الملك
للضامن اولا ثم لمن عليه قرار الضمان **قوله** فلانه مغرور من جهة الراهن
واعترض بان الغرور انما يوجب الرجوع اذا كان في ضمن عقد المعاوضة
والرهن عقد تبرع على ما مر في الكتاب والغرور في ضمن عقد التبرع
لا يوجب الرجوع الا يرى ان الموهوب له لا يرجع على الواهب اذا
استحق الموهوب وضمنه للمستحق **وقد اجيب** بان الرهن ان كان
تبرعا ابتداء فهو معاوضة انتهاء على ما مر في مسئلة رهن الاب
متاع الصغير من قوله والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب
الضمان فاذا كان الرهن معاوضة انتهاء جاز ان يرجع المرتهن بحكم
الغرور كما في البيع **وفيه نظر** لما ذكروا في باب الاستحقاق من كتاب
البيوع عبد قال لمشتريه اشترني فاني عبد فاشتراه فاذا هو حر

فان كان البايع لم يرد رمكانه رجع المشترى على العبد بالثمن بخلاف الرهن
فانه لو قال العبد ارتهنى فانى عبد فارتهنه فاذا هو حر لا يرجع المرتهن على العبد
بحال لان العبد ضمن للمشترى سلامة نفسه او سلامة الثمن متى
تعذر استيفاؤه من البايع لانه انما رغب فى شرائه معتمدا على اخباره
بانه عبد فيجعل العبد ضامنا لسلامة نفسه دفعا للغرور والبيع عقد
معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة
على ما هو موجبه نفيا للغرور ولا كذلك الرهن لانه لم يشرع معاوضة
بل شرع لملك الحبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء
لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة كذا فى الكافى
واليه اشير فى الكتاب وبهذا ظهر ان عقد الرهن لم يعتبر معاوضة
فى حق الرجوع بالغرور ثم قد يجاب بان عقد المعاوضة انما يشترط
للرجوع بحكم الغرور اذا لم يكن المغرور عاملا له اما اذا كان عاملا
له فيرجع عليه وان لم يكن هناك عقد معاوضة كالمودع يرجع على المودع
اذا ضمن للمستحق والمرتهن عامل للراهن من وجه لان الرهن عقد ايفاء
وفيه منفعة للموفى ببراءة ذمته والمستوفى بوصول حقه اليه ولكن
منفعة الراهن راجح لانه بهلاك الرهن يصير موفيا للدين بالايفاء
الحكمى ومنفعة الايفاء لا يختلف بين الحكمى والحقيقى اما منفعة المرتهن
فى الايفاء الحقيقى دونها فى الحكمى والمرجوح ساقط الاعتبار بمقابلة
الراجح فصار المرتهن عاملا للراهن وهذا الجواب ايضا غير مرضى لما
عرف ان الايفاء ينتقض بتضمين المرتهن عند استحقاق الرهن فيظهر
انه لم يكن عاملا للراهن ببراءة ذمته عن الدين وايضا المرتهن يجب
عليه مؤنة رد المرهون اى اجرة رده الى الراهن فلو كان فى قبضه عاملا
للراهن لكان مؤنة الرد على الراهن دون المرتهن كالمستعير لما كان
فى قبضه عاملا لنفسه لا للمعير تجب مؤنة رد العارية على المستعير
فالاوجه ان يقال ان الاستحقاق يرد على العين وعين الرهن امانة
فى يد المرتهن عامل فى حفظه للراهن فيرجع عليه بضمانه كما يرجع المودع
على المودع **قوله** بسبب الغرور فيكون المعنى يرجع عليه بالانتقال
ولا يخفى ان انتقال الملك من المرتهن الى الراهن مسبب عن رجوعه
اليه لا انه سبب له والتشبيه بالوكيل وقع على قول من يقول بثبوت
الملك للوكيل اولا ثم بانتقاله منه الى الموكل ولكن المصنف قد اختار
فى كتاب الوكالة قول من يقول بثبوت الملك للموكل ابتداء خلافة عن الوكيل

كالعبد

كالعبد يتهب ويصطاد ويثبت الملك للمولى ويمكن ان يكون التشبيه
بالتوكيل راجعا الى التخريجين وحاصله ان التقرير هنا كالتوكيل ثمه
ثم فى التوكيل يثبت الملك للموكل ابتداء فى رواية وهو الصحيح وبالانتقال
من الوكيل الى الموكل فى رواية كذا هنا الملك للراهن اما يثبت ابتداء
من وقت التقرير او بالانتقال واياما فملكه متأخر عن الرهن **قوله**
او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه لان الراهن يتلقى الملك
فى الرهن من جهة المرتهن لانه يملك المرتهن اولا ثم ينتقل اليه وكانه
اراد او يثبت الملك للراهن بالانتقال فقوله بالانتقال متعلق بمحذوف
والا فهو فى الظاهر عطف على **قوله** بخلاف الوجه الاول لان
المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن هذا يشير الى ان
وضع المسئلة فيما اذا كان الراهن غاصبا متعديا قبل التسليم وقوله
بما سبق ان كلا منهما متعد بالتسليم او القبض اى الراهن بالتسليم
والمرتهن بالقبض يدل على ان وضع المسئلة فيما اذا كان الراهن
مودعا فرهن الوديعة وسلمه ثم استحق فاخر الكلام لا يرتبط باوله
الا ان يقال لما كان فى نفاذ الرهن من المودع عند تضمين المستحق
اياه روايتان على ما ذكرنا اشار المصنف رح الى هاتين الروايتين
بالتفنن فى عبارته ثم يشكل الفرق بين تضمين المرتهن وتضمين المضارب
فانه لو ظهر مستحق رأس المال فضمن رب المال نفذت المضاربة ولو
ضمن المضارب ورجع هو على رب المال نفذت ايضا لما ان قرار الضمان
على رب المال والفرق نشأ من وجه اخر وهو عدم لزوم عقد المضاربة
ولزوم عقد الرهن وهو ان فى المضاربة وان ثبت حق الرجوع على رب المال
بالتسليم وذلك بعد العقد الا ان عقد المضاربة غير لازم وما لا لزوم
له يعطى لدوامه حكم التجدد فصار الملك الثابت لرب المال من وقت
تسليم المال الى المضارب سابقا على العقد تقديرا فنفذت المضاربة
واما الرهن فعقد لازم لا يعطى له حكم التجدد والعقد سابق على التسليم
والملك الثابت للراهن مقتصر على وقت التسليم فلا ينفذ العقد
السابق عليه كذا فى الجامع الصغير لابى اليسر نقله الشارح **وفيه نظر**
لان الوصية ايضا عقد غير لازم قبل موت الموصى مع انه لو اوصى بملك
الغير ثم ملكه لا ينفذ وصيته وعلى قياس ما ذكر يجب ان ينفذ كالمضاربة
على ان غير اللازم من العقود ان كان لدوامه حكم الابتداء فلا بد من الدوام
ليأخذ الدوام حكم الابتداء ولا دوام مع وقوعه باطلا عند مصادفته

ملك الغير وقد ذكر الشارح الفرق في المضاربة بان استرداد القيمة كاسترداد العين فينتقض قبض المرتهن باسترداد القيمة بدون قبضه لا يكون مرهونا رهنا ايضا استرداد المثل كاسترداد العين ولكن لا ينعدم ابتداء اليد للمضارب على المال واستدامته ليس بشرط لحكم المضاربة حتى لو رد المضارب المال على رب المال او استعان في التصرف كان الربح بينهما على ما شرطا ولو رد المرتهن المرهون على الراهن فعارية او غيرها خرج من ضمان الرهن **وفيه نظر** لان العين ان كان لا يبقى مضمونا بحكم الرهن عند خروجه عن قبض المرتهن فهي اذا عادت الى قبضه تعود مضمونة لما عرف ان عقد الرهن لا يبطل بالخروج عن قبض المرتهن والقيمة ان صارت مستردة بتضمين المستحق فقد عادت الى المرتهن بتضمينه الراهن فيجب ان يبطل حكم تضمين المستحق للمرتهن ويصير كانه لم يسترد القيمة من المرتهن والحق ان الفرق بينهما بناء على ان قيام الملك وقت العقد شرط لصحة الرهن دون المضاربة حتى ان الغاصب اذا دفع المغصوب مضاربة ثم اشتراه من المالك صحت المضاربة وعلله في الذخيرة بان قيام الملك في راس المال وقت المضاربة ليس بشرط بصحته لان دافع المال مضاربة ليس الا توكيلا بالشراء والشراء بالدراهم المغصوبة جائز فكذا التوكيل به فلما كان قيام الملك وقت العقد شرطا بصحة الرهن لانه ايفاء والايفاء بمال الغير باطل دون المضاربة لانه توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بمال غيره جائز كان الفرق بين مسئلة المضاربة ومسئلة الرهن اظهر من ان يخفى ولا يحتاج الى التكلفات المذكورة في الشروح

باب التصرف في الرهن والجناية عليه

قوله لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط وفيه بحث لان حق الغرماء يتعلق بالمالية والاستسعاء وهم بين خير بين ان احبوا باعوه واستوفوا حقهم من ثمنه ناقصا معجلا وان شاؤا استسعوا واخذوا حقهم من السعاية مؤجلا تاما فلما اذنوا بالبيع فقد اسقطوا حقهم في الاستسعاء وتعين حقهم في مالية العبد واستيفاء لا ان حقهم لم يكن في ماليته انما ثبت حقهم فيه لقيام الثمن مقامه وهنا كان حق المرتهن في حبس العين المرهونة انما يثبت في ثمنها بطريق الانتقال لقيام الثمن مقامه

فلا ينقصان

فلا ينقصان **قوله** وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ **قلت** عدم النفاذ يحتمل ان يكون مع الانعقاد فجاز ان ينعقد اعتاق المرهون موقوفا على اداء الدين عند الشافعي والقياس على البيع يقتضي كذلك اذ البيع ينعقد موقوفا على اداء الدين ولا يبطل فكذا **قوله** وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها **قلت** هذا اما مبني على قول الشافعي فان الاجارة عنده لا يبطل بالاعتاق كما لا يبطل عنده بموت احد المتعاقدين والا فالاجارة تبطل بالاعتاق عندنا نص عليه صاحب الاسرار في طريقته وكذلك القياس على موت الموجر يقتضي ان لا يبقى الاجارة مدتها لان المنافع بعد الاعتاق تحدث على ملك العبد كما انها بعد الموت تحدث على ملك الوارث فتبطل الاجارة لذلك عندنا فيجب ان يبطل بالاعتاق ايضا واما مبني على ما ذكر الشارح في باب اجارة العبد نقلا عن الامام قاضيخان والامام التمرتاشي ان المولى ان اجر العبد ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد هنا كلامه **قوله** كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الابق او المغصوب **قلت** ان اعتاق الرهن باعتاق المشتري قبل القبض صحيح لان حق البايع متعلق بحبس المبيع لاستيفاء الثمن مع ذلك يصح اعتاق المشتري وان كان يبطل به حق الحبس للبايع فيصح اعتاق الرهن ايضا وان كان يبطل به حق المرتهن في حبسه فعلم ان حق الحبس لغير المالك لا يمنع صحة الاعتاق ونفاذه واما الحاقه باعتاق الابق والمغصوب فلا وجه لعدم تعلق حق احد بالمغصوب والابق فلا يلزم من صحة اعتاق ما لا يتعلق به حق احد صحة اعتاق الرهن وقد تعلق به حق المرتهن **وجوابنا** ان ملك الراهن في الرهن قايم فلو لم ينفذ اعتاقه مع قيام ملكه فيه فاما ان لا ينفذ لتعلق حق المرتهن في الحبس ولا وجه اليه وحق الحبس للبايع قبل تسليم المبيع الى المشتري ثابت مع صحة اعتاق العبد المشتري قبل القبض واما ان لا ينفذ لزوال يد المالك وانه ايضا لا ينافي صحة الاعتاق العبد الابق والمغصوب ثم يحتاج الى الفرق بين اعتاق الراهن العبد المرهون واعتاق المشتري العبد المبيع قبل القبض من حيث ان الراهن يضمن للمرتهن قيمة العبد والمشتري لا يضمن قيمة المبيع للبايع مع ان كلا منهما يبطل حق الحبس والفرق ظاهر اذ الراهن انما يضمن اذا كان الدين مؤجلا اما اذا كان حالا فلا يضمن قيمته بل مطا.

بالدين فكذا المشترى باعتاق المبيع لو ضمن انما يضمن اذا كان الثمن مؤجلا
اذ لو كان حالا طولب المشترى بالثمن كالراهن ولا وجه للتضمين عند
كون الثمن مؤجلا لعدم حق الحبس للبايع عند ذلك وبالجملة فلا ضمان
اذا كان الثمن حالا وليس للبايع حق الحبس اذا كان الثمن مؤجلا قوله
لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فان قلت نص فى البزدوى ان الكمال
هو ملك اليد وملك الرقبة من الزوايد حتى قال ان المولى يحلق العبد
المأذون فيما هو من الزوايد وهو ملك الرقبة اجيب بان هو ملك اليد
بمعنى ملك التصرف لا بمعنى القبض المجرد كما هو للمرتهن فان القبض تابع
لملك الرقبة البتة قوله وامتناع النفوذ فى البيع لامتناع القدرة
على التسليم فان قلت انعدام القدرة على التسليم يوجب فساد العقد
لا توقفه على حصول القدرة الا يرى ان المصنف ره علل فساد البيع
بانعدام القدرة على التسليم فى غير موضع من كتابه يفصح عن ذلك تصفح
كتابه اجيب بان انعدام القدرة انما يكون مفسدا اذا لم يكن العجز
على شرف الزوال اما اذا كان فلا يفسد بل يتوقف على رجوع القدرة
على التسليم والعجز عن التسليم فى بيع المرهون على شرف الزوال باداء الدين
قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته بل يلغو بل يؤخر الى اداء
السعاية قلت صورة المسئلة ما اذا اوصى بان يملك الوارث
رقبته لانسان فان العبد قبل التمليك يدخل فى ملك الوارث
اما اذا اوصى برقبته لانسان فان العبد الموصى برقبته لا يدخل فى ملك
الوارث ثم قد يحتاج الى الفرق بين اعتاق الراهن واعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته من حيث ان الراهن يضمن قيمته والوارث لا يضمن
قيمة العبد الموصى برقبته لانسان بل يسعى العبد فى قيمته للموصى له
مع ان كلا منهما يبطل حقا لغيره وغاية ما يمكن ان يقال ان الوارث
قايم مقام مورثه والموصى له كالوارث والمريض اذا اعتق عبدا من التركة
لا يخرج من الثلث يتوقف عتقه على السعاية فكذا الوارث اذا اعتق
عبدا تعلق به حق الموصى له وفيه نظر لان المريض انما لا يضمن لتعذر
تضمينه لانه لا شئ من ماله الا وهو مشغول بحق الوارث بخلاف الوارث
لامكان تضمينه بخالص ماله وفى الحاشية جواب سؤال وهو انه
اذا اوصى المريض برقبة عبده لانسان ولا مال له غيره ثم مات
فاعتق الوارث هذا العبد لا يعتق لحق الموصى له هذا لفظه وانه مما
يتامل فيه لان العبد الموصى برقبته لانسان وكما انه لا غيره ولم يجز الورثة

الوصية

الوصية يصير مشتركا بين الوارث والموصى له ثلثاه للوارث وثلثه
للموصى له فلو اعتق الوارث كان حكمه كحكم اعتاق احد الشريكين نصيبه
من العبد المشترك فلا يتوجه اشكال ههنا قوله يرجع الى من ينتفع
بعتقه وهو العبد لانه محل التلف والمحال فى حكم الشروط ومتى تعذر
تضمين صاحب السبب يضمن صاحب الشرط كالحافر مع الدافع كذا فى الكافى
وفيه نظر لان صاحب الشرط انما يضمن اذا كان متعديا كالحافر فى
فى ملك الغير والعبد غير متعد وايضا اذا اجتمع صاحب السبب والشرط
وكان صاحب السبب معسرا كان الضمان على صاحب السبب ولا يكون
عساره عذرا فى تضمين صاحب الشرط وايضا صاحب الشرط اذا ضمن
عند تعذر اضافة الضمان الى صاحب السبب لا يرجع بالضمان على صاحب
السبب وهنا يرجع العبد على المولى عند يساره فعلم انه ليس ذلك
من قبيل اضافة الضمان الى صاحب الشرط عند تعذر اضافته الى صاحب
السبب وقوله كالحافر مع الدافع مشكل والصواب كالحافر مع الواقع
اى مع ثقل الواقع وهذا لان الرواية منصوصة بانه لا ضمان على الحافر
للواقع نفسه لانه اتلف نفسه فلا يضمن غيره وان اريد بالدافع الذى
دفع غيره لا يستقيم التمثيل لان الضمان يكون على الموقع الذى هو صاحب
السبب لا على الحافر الذى هو صاحب الشرط فلفظ الدفع كانه تصحيف
الكاتب قوله الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان
وفيه بحث اما اولا فلان السعاية اذا وجبت على العبد باعتبار انه
ينتفع بالعتق لكانت بدلا عن المنفعة التى حصلت له لا يرجع به على غيره
كالمشترى اذا استولد الجارية المشتراة ثم استحقت حيث لا يرجع
على البايع بالعقر كما يرجع اليه بالثمن وقيمة الولد لان العقر وجب عليه
بمنفعة حصلت له فلا يرجع به على غيره واما ثانيا فلان الضمان لما كان
بالخراج لم يكن له ان يرجع به على غيره كنفقة المحرم لما وجبت باعتبار انه
غنم له فيكون غرمه عليه لا يرجع به على غيره وله نظير واما ثالثا فلان
السعاية لو وجبت على العبد باعتبار ان الخراج بالضمان وجب ان يجب
عليه عند يسار المعتق ايضا اذ الخراج الذى يسلم له ثابت عند اليسار
كما هو ثابت له عند العسار وبالجملة ان السعاية على العبد ان كانت
باعتبار ان الخراج بالضمان وان الغنم بالغرم لزم ان لا يرجع بما ضمن
على المعتق ولا يختلف الجواب فى حال اليسار والعسار وان كانت
بالاتلاف والتعدى مستندا الى قوله تعالى فاعتدوا بمثل ما اعتدى فا

لمتلف

والمتعدى فى حق المرتهن هنا هو الراهن دون العبد وضمان الاتلاف
لا يجب الا على المتلف موسرا كان او معسرا وغاية ما يمكن ان يقال
قد تعارض هنا اصلان احدهما قوله عليه السلام الخراج بالضمان
وفى حديث الغنم بالغرم وثانيهما قوله تعالى فاعتدوا بمثل ما اعتدى
عليكم فالاول يقتضى ان يجب الضمان على العبد مطلقا ولا يكون له
الرجوع على غيره مطلقا والثانى يقتضى ان يجب الضمان على المعتق مطلقا
نعملنا بالاول فى حق الوجوب فاوجبنا عليه الضمان وبالثانى فى حق
الاداء فالزمناه الاداء واذا وجب على المعتق ولزم اداؤه على العبد
كان مضطرا فى اداء دين الغير ومن ادى دينه رجع عليه اجماعا اذا
ادى مضطرا ولكنا شرطنا عسار المعتق اذ لا فائدة فى الاداء عنه
ثم الرجوع عليه فى الحال والشرع لا يرد بما لا فائدة فيه فيفيد الحكم
بصورة عسار المعتق وانما لم يعكس فى العمل بالدليلين لان العمل
فى مثله بالتحرى فجاز ان يقع تحرى المجتهد فى العمل بهذا الوجه دون العكس
على ان المتعدى احق بايجاب الضمان من صاحبه ثم قد يقال بان العبد
بعد الاعتاق حر مفلس كالمولى المعسر فايجاب السعاية على العبد
دون الكسب على المولى مع انه متعد دون العبد مما لا وجه اليه اللهم
الا ان يكون معنى كون المولى معسرا ان يكون فقيرا غير قادر على الكسب
وبعد القدرة على الكسب غنيا او يقال الحاق التعب على العبد المنعم عليه
اولى من الحاقه على المولى المنعم مع ان العبد لاعتياده الكسب قادر
عليه من المولى لعدم اعتياده على ذلك فيكون المولى بالنسبة الى العبد
كالعاجز من الكسب والله اعلم **قوله** وتاويله اذا كانت القيمة اقل
من الدين **فان قلت** اذا كانت مثل الدين فالجواب كذلك **اجيب**
بان المراد بقوله اذا كانت القيمة اقل من الدين ان يكون قيمته مما يتعلق
بكلها حق المرتهن فيتناول ما اذا كانت مثل الدين ايضا او الكلام
على هذا المعطوف اى اقل من الدين او مثله بقرينة واما اذا كان الدين
اقل فنذكره **قوله** وعندهما لتكميل العتق فان العبد المشترك ان كان
يعتق كله باعتاق احد الشريكين عندهما فعتق كله مجتهد فيه لا يخلو
عن شبهة عدمه وزوال هذه الشبهة بالضمان حيث يعتق كله عند اداء
الضمان بالاتفاق وكان الضمان مكملا للعتق حيث لا يبقى فيه شبهة عدمه
ويصير مأمونا عن ان يحكم القاضى بعدم عتقه اخذا بمذهب ابى حنيفة
قوله لان الثابت للمرتهن حق الملك ان اراد بالملك حق الملك فى رقبة العين

فرقبة

رقبة العين امانة فى يد المرتهن لا يصير مملوكا بحال فليس له فيها حقيقة
الملك ولا حقه وان اراد ملك اليد فالمرهون مملوك للمرتهن يدا حقيقة
وله فيها من حيث اليد حقيقة الملك فقوله حق الملك مشكل **وجوابه** ان
المرهون ان كان يدخل فى ملك المرتهن من حيث اليد حقيقة فملك اليد
له فيها غير متقرر انما يتقرر ذلك بالهلاك فقيل لم يتقرر كان حق الملك
لا حقيقته نظرا الى انه لما كان غير متقرر فكانه ليس بثابت فى الحال
حقيقة انما له فى الحال حق الملك كما للمكاتب فى ماله والمولى فى مال المكاتب
اى بعرضه ان يصير مملوكا له على سبيل التقرر **قوله** لان حق البائع فى الحبس
ضعيف الخ **قلت** قد قاس المصنف رح اعتاق العبد المرهون على اعتاق
العبد المشترى قبل القبض من حيث ان اعتاق المشترى المبيع قبل
القبض صحيح بالاتفاق مع تعلق حق البائع فى حبسه الى ان يستوفى
الثمن فيصح اعتاق المرهون ايضا وان تعلق بحبسه حق المرتهن فلما
كان حق البائع اضعف من حق المرتهن لا يصح القياس اذ لا يلزم
من صحة ابطال ادنى الحقين فى ضمن التصرف فى ملكه صحة ابطال
اعلاهما **اجيب** بان صحة اعتاق المبيع قبل القبض بناء على ان المشترى
ملك الرقبة وللبائع ملك اليد وملك الرقبة اقوى فكان رعايته
احق وهذا القدر موجود فى اعتاق الرهن ايضا للقطع بان ملك
اليد وان كان قويا فى نفسه فهو ضعيف بالقياس الى ملك الرقبة فلا يظهر
بمقابلته نعم لو كان صحة اعتاق المبيع قبل القبض بناء على ان حق الحبس
الذى للبائع ضعيف لم يكن القياس صحيحا وليس كذلك بل هو بناء
على ما ذكرنا **قوله** والمرتهن ينقلب حقه ملكا **وفيه نظر** اذ المرتهن
لا يتملك العين المرهونة عند الهلاك فى يده لانها امانة فى يده وحقه
لا يتعلق بها انما يتعلق بالمالية وانها لا تملك مقصودا لانها من العرض وصاف
وهى لا تملك قصدا نص على هذا فى الشاهان وقد مر فلا توجيه لقوله
ينقلب حقه ملكا لا بالنظر الى العين ولا بالنظر الى المالية وجوابه
بمثل ما مر **قوله** وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله **وفيه
بحث** لانه ان كان لا يمنع البيع عنده ما دام المولى حيا فهو يمنعه اذا مات
حيث يعتق بموته فلو صح التدبير لعتق بعد موت المولى وفيه ضرر
بين للمرتهن وايضا ليس التدبير الا تعليق العتق بمطلق موت المولى
ولا يملك التعليق الا من يملك التنجيز عند الشافعى رح حيث لا يصح تعليق
الطلاق والعتاق او بسبب الملك فلما لم يملك الراهن تنجيز الا

عتاق

في المرهون وجب ان لا يملك تعليقه ايضا وذلك ان من شرط صحة
التعليق ان يكون الجزاء واجب النزول عند وجود الشرط او غالب
النزول عنده بان كان محلا لنزوله في الحال فانه لما كان محلا في الحال
فالظاهر انه يبقى محلا عند وجود الشرط ايضا فينزل الجزاء في الحال
ولم يتيقن نزوله عند وجود الشرط مثل ان يعلق اعتاق عبد الغير
على دخول الدار ومثله فانه لا يصح وان اشترى بعد التعليق ثم وجد الشرط
وتدبير الراهن كتعليق اعتاق عبد الغير بدخول الدار لانه ليس بمحل
للاعتاق في الحال ولا يتيقن بكونه محلا بعد وجود الشرط وهو موت
المولى لاحتمال انه يكون رهنا بعد الموت ايضا فلا ينزل الجزاء عند ذلك
وايضا المعلق بالشرط سبب في الحال عند الشافعي رح وعندنا هو
سبب بعد وجود الشرط والسبب لا ينعقد الا في محله اتفاقا والمعلق
عند الشافعي لما كان سببا في الحال يشترط المحلية في الحال وعندنا
لما كان سببا عند وجود الشرط يشترط المحلية عنده لا في الحال ويظهر
ثمرة الخلاف فيما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر او قال لاجنبية
ان تزوجتك فانت طالق فانه صحيح عندنا باطل عند الشافعي رح والمرهون
ليس بمحل للاعتاق عند الشافعي لانه في حق الاعتاق كعبد الغير فلا يصح
تعليق عتقه عنده بموت المولى لعدم المحلية في الحال **قوله** لانه يصح
بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى وهذا مشكل
لانه يشعر بان صحة الاستيلاد للاب في جارية الابن باعتبار ما له
من حق التملك وليس كذلك اذ المصحح للاستيلاد اما حقيقة الملك
او حقه اما حق التملك فلا يكفيه الا يرى انهم قدروا ملك الاب
في الجارية قبيل الاستيلاد شرطا له على ما مر تحقيقه في كتاب النكاح
فلو كان ما للاب من حق التملك يكفي للاستيلاد لما احتيج الى اثبات
حقيقة الملك له قبيله كيف وقد صرحوا بانه انما يقدر الملك
سابقا تصحيحا للاستيلاد وعللوه بان المصحح حقيقة الملك او حقه
وذلك غير ثابت للاب فيها فلا بد من تقديمه وعن هذا ذكر في الشافي
ان قوله تصح الى اخره استدلال لصحة الاستيلاد عند الشافعي رحمه الله
لان الاستيلاد في جارية الابن بحقيقة الملك عندنا لانه ملكها قبل
الوطي ولكن هذا ضعيف لان اعتبار اعلى الحقين بادناهما لا يكاد يستقيم
على مذهب الشافعي رح لان حق المرتهن ادنى من حق الشريك مع انه يمنع
الاعتاق عنده وحق الشريك لا يمنع اذا كان المعتق موسرا وهل يصح

ان يقال

ان يقال ليس المراد بقوله ما للاب في جارية الابن حق التملك بل المراد
هو الملك الثابت له قبيل الاستيلاد تصحيحا له وانما كان ذلك
الملك ادنى الحقين لانه ثابت بالاستناد والثابت به ثابت من وجه
فلا يساوي الثابت من كل وجه فاذا صح الاستيلاد بالملك الثابت
للاب من وجه فلان يثبت بالملك الثابت من كل وجه للراهن اولى
او يقال استيلاد الاب جارية ابنه ان كان يصح باعتبار حقيقة
الملك الذي يقدر قبيل الاستيلاد فمدار تقديره قبيله هو ثبوت
حق التملك اذ لولا ذلك لكان وطئه كوطي اجنبي فجاز ان يضاف
صحة استيلاده الى ما له في جارية الابن من حق التملك **قوله** لبطلان
المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما وقد يقال الاستيفاء بالرهن
انما يكون باليد لا بملك الرقبة على ما يقع التصريح به في غير موضع والمدبر
وام الولد ان كانا لا يقبلان التملك فهما يقبلان ثبوت اليد لغير المولى
الا يرى ان غصب المدبر يوجب الضمان وكذا غصب ام الولد عند ابي يوسف
ومحمد رح **وجوابه** ان المرتهن وان كان مستوفيا باليد لا بالرقبة
فلهذا الاستيفاء حكم الاستيفاء بالرقبة ولهذا يجب للراهن على المرتهن
مثل ما وجب له عليه فيلتقيان قصاصا فلا يقبل الاستيفاء بالرهن
الا ما يقبل الاستيفاء الحقيقي وهما لا يقبلان فلا يقبلان الاستيفاء
بالرهن ايضا **قوله** لم يسع الا بقدر القيمة القصر بالاضافة الى الزائد
على قدر القيمة والا فهو يسعى في اقل من قيمته ومن الدين والله اعلم **قوله**
والواجب على هذا المستهلك احتراز عن المرتهن فان عليه قيمته
يوم القبض على ما يجيء في الكتاب كذا في الشرح **وفيه نظر** لما ستقف
عليه من ان المرتهن والاجنبي يستويان في الضمان لا ستهلاك حيث
لا يضمنان بسبب الاستهلاك سوى قيمة يوم الاستهلاك لما قد تقرر
ان المعتبر في ضمان الاتلاف قيمة يوم الاتلاف نعم يعتبر قيمة يوم
القبض في ضمان الرهن لكن ذلك لا يختص باستهلاك المرتهن اذ هو
يصير مستوفيا قدر نقصان القيمة بحكم ضمان الرهن سواء كان
الاستهلاك منه او من غيره فالحاصل ان المعتبر في ضمان الاستهلاك
قيمة يوم الاستهلاك استهلكه الاجنبي او المرتهن وفي ضمان الرهن
قيمة يوم القبض استهلكه المرتهن او الاجنبي فلا معنى للاحتراز عن المرتهن
بقوله هذا المستهلك بل هو احتراز عن المستهلك الغاصب لانه
يضمن قيمة يوم القبض دون الاتلاف **قوله** ولو استهلكه المرتهن

والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير فكان مضمونا وكانت
رهنا في يده حتى يحل وقد يستشكل الفرق بين المرتهن اذا استهلك
المرهون وبين العدل فان العدل اذا ضمن قيمة الرهن لا يكون القيمة
رهنا عنده الا ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا وعللوه بان
القيمة واجبة عليه فلو جعلنا رهنا يصير قاضيا وهذا بعينه يتاتى
فيما ضمن المرتهن قيمته والفرق ان القيمة الواجبة على العدل لا يمكن
ان يجعل رهنا الا بالاقتضاء منه اذ العدل لا بد وان يكون نائبا
في قبض الرهن عن الراهن والمرتهن جميعا والقيمة الواجبة على العدل
لا يصح ان يكون العدل امينا فيها لمن وجبت القيمة له حتى يصير رهنا
قبل ان يوخذ فلا بد من الاقتضاء والعدل لا يصح قابضا لما عليه
مع كونه قاضيا له بخلاف المرتهن اذا استهلك الرهن ووجبت عليه قيمته
فان القيمة الواجبة عليه يصلح ان يكون رهنا قبل الاقتضاء منه
لانه قايم مقام ما كان مقبوضا بالرهن ولا مانع من جعله رهنا
فياخذ حكم الاصل كالثمن الواجب على المشتري من العدل وفي مسئلة
العدل المانع متحقق وهو عدم صلاحه لكونه امينا في ما وجب عليه
من القيمة لمن وجبت له فافترقا **قوله** لمنافاة بين يد العارية ويد
الرهن لا شك ان هذه العارية عارية تسامحا وانه يشبه العارية
وليست بعارية حقيقة لانها عبارة عن تمليك المنافع والمرتهن
لا يملك منافع الرهن فكيف يتصور تمليكها من غيره فالاولى ان يعلل
بان يد الراهن يد ملك وانه غير مضمون ويد المرتهن يد مضمون فاستحال
ان يكون يد المالك يد المرتهن **قوله** والضمان ليس من لوازم الرهن
على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن
مضمونا بالهلاك وفي الحاشية **فان قيل** لا نسلم ان الضمان ليس من لوازم
الرهن في الرهن القصدي وما ذكرت رهن ضمني ثم لفظها لا يقال
ما زاد على قدر الرهن مرهونة برهن قصدي مع انه ليس بمضمون فالضمان
ليس من لوازم الرهن القصدي لانه قد سبق ان الزيادة تصير مرهونة
ضرورة امتناع حبس الاصل وهو يشعر بان الرهن فيها ضمني اذ الثابت
بالضرورة لا يكون قصديا فالتحقيق ان الضمان ليس من لوازم مطلق
الرهن لان لازم الشيء لا يسقط عنه بحال لحق ان المقتضي يثبت مع
لوازمه وان كان ضروريا ولئن قيل انه من لوازم الرهن القصدي
قلنا نعم لكن بشرط ان يكون الرهن في يد المرتهن ومتى اعار للراهن

فقد زال

فقد زال القبض فيزول الضمان المبني عليه ايضا ثم قوله حكم الرهن ثابت في ولد
الرهن لا يخلو عن نوع اشتباه كما مر ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء
اي ثبوت يد به يصير مستوفيا دينه من مالية الرهن عند الهلاك وهذا
ليس بثابت في ولد الرهن اذ الاستيفاء لا يحصل به عند الهلاك اللهم الا اذا
فسر يد الاستيفاء باليد الموصلة الى استيفاء الدين من الراهن وذلك
ان الراهن لعجزه عن الانتفاع بالرهن يتسارع الى قضاء الدين وحكم الرهن
بهذا التفسير ثابت في ولد الرهن ايضا **قوله** لان لكل واحد منهما حقا محترما
فيه **فان قلت** اذا استهلك الرهن اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه مع
ان لكل منهما حقا محترما فيه **قلت** التنصيص بالشيء لا يدل على نفي ما عداه
فكون المرتهن خصما لا يدل على عدم كون الراهن خصما بل هو ايضا خصم الا ان
المرتهن احق والتعليل بقوله لانه احق بعين الرهن يدل عليه لانه افعل التفضيل
فيقتضي ان يكون لغيره فيه حق ايضا الا انه احق فيكون لكل حق الخصومة
كما ان لكل حق الاسترداد هنا كذا في الحاشية **وفيه نظر** لما عرف من اختيار
المصنف رح ان التنصيص في الروايات يقتضي نفي ما عداه حيث قال في الطهارات
اما الماء الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به وفي الكتاب اشارة اليه
حيث شرط الاعتصار وقال في التحكيم وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في ساير المجتهدات ولو سلم فلا يخفى ان ضمير الفصل في قوله
هو الخصم يدل على التخصيص وانه لتخصيص المسند بالمسند اليه فيدل على ان الخصم
هو المرتهن ليس الا نعم ذكر بعض المحققين من الادباء ان الفصل قد يكون
لقصر المسند على المسند اليه نحو زيد هو افضل وقد يكون لمجرد التاكيد اذا كان
التخصيص حاصلا بدونه بان يكون في الكلام ما يفيد قصر المسند على المسند اليه
نحو الله هو الرازق او قصر المسند اليه على المسند نحو الكرم هو التقوى اي لا كرم
الا التقوى وقوله فالمرتهن هو الخصم من قبيل الكرم هو التقوى فيفيد حصر
المسند اليه على المسند اي ليس المرتهن الا الخصم لا حصر المسند على المسند اليه
فلا يدل على عدم كون الراهن خصما ولكن ما ذكر في الحاشية من قوله بل هو
خصم ايضا لا يكاد يستقيم لما عرف ان المرهون اذا سرق فالسارق يقطع
بخصومة المرتهن والراهن ولكن انما يقطع بخصومة الراهن حال قيام الرهن
بعد قضاء الدين وعللوه بان السارق انما يقطع بخصومة من له الاسترداد
وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين ولا بعد هلاكه في يد السارق لانه
اذا هلك الرهن في يده لا يبقى للراهن حق المطالبة لاستيفاء المرتهن حقه
بقدر الرهن وهذا يدل على ان الراهن ليس بخصم في تضمين الاجنبي اذا استهلكه

فى يد المرتهن لانه ليس له ولاية استرداد العين بعد الهلاك فكذا فى استرداد
قيمته والاستدلال بصيغة التفضيل غير سديد لانه يدل على رجحان حق
المرتهن والمرجوح ساقط بمقابلة الراجح فان قيل اذا لم يكن للراهن
ولاية استرداد العين قبل قضاء الدين يشكل قوله ولكل واحد منهما
ان يرده رهنا مكانه لان لكل منهما حقا محترما فيه اجيب بان الراهن
انما يمنع عن استرداد العين لنفسه لا عن رده رهنا بمعنى ان يخاصم المستعير
ويجبره على التسليم الى المرتهن وهذا هو المراد بقوله يرده رهنا وذلك
ان الراهن محتاج الى رده رهنا اعادة للضمان الذى به يصير موفيا دينه
بالايفاء الحكمى لان هذا الضمان قد زال بالاعادة بحيث لو هلك
يهلك مجانا والراهن ربما لا يرضى به فلو لم يكن له ولاية الرد لتضرر فعلى
هذا يراد بقوله حقا محترما هو حق الايفاء للراهن وحق الاستيفاء للمرتهن
بخلاف ما اذا استهلك اجنبى فان الضمان لا يزول به بل يبقى مضمونا على المرتهن
فلا يحتاج الراهن الى الرد لاعادة ضمان الرهن فلا يثبت له ذلك قوله
لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر اى لان غرض المعير ان يصير المستعير
مستوفيا لاكثر المالين الذى سماه المعير دون ما رهنه المستعير به من اقل
المالين الا ان يكون المراد منه ان يصير المعير مستوفيا لاكثر من قيمة الثوب
الذى اعاره للرهن كذا فى الشرح وقيل معناه ان غرض المعير ان يصير المرتهن
مستوفيا لاكثر بمقابلة الدين عند الهلاك ليرجع المعير به على المستعير
قلت والمعنى الثانى اصح اذ الاول يأباه قوله ليرجع عليه الا ان يجعل
اللام بمعنى الوقت اى لان غرضه ان يصير المعير مستوفيا لاكثر المالين
الذى سماه بمقابلة مالية المرهون عند الهلاك وقت رجوع المعير على المستعير
قوله وكذا التقييد بالجنس بان رهن الدراهم وقد عين الدينار كذا ذكر
فى حاشية الكنز وانه يشكل بما اذا سمع الشفيع ان الدار بيعت بالدراهم
فيسلم الشفعة ثم ظهر انها بيعت بالدنانير لم يكن له الشفعة فقد اعتبر الدراهم
والدنانير جنسا واحدا واعتبر ههنا جنسين والفرق والله اعلم ان حق
الشفعة ضعيف حتى يبطل بالسكوت وترك الاشهاد والمجانسة بين
الثمنين ثابتة من وجه فلا اقل من شبهة التسليم فيبطل به الشفعة قوله
لانه ملكه باداء الضمان فان قلت نعم ولكن مستندا الى سبب الضمان
وسببه ههنا ليس الا التسليم والرهن متاخر عن التسليم اجيب بان
التام من الرهن هو المتقيد بالتعاطى عند قبض المرتهن والقبض متاخر عن سبب
الضمان دون التولى السابق على التسليم الذى هو سبب الضمان واجيب ايضا

بانه

بانه لما خالف انقلب قبضه السابق غصبا لانه رضى بقبضه بشرط ان لا يخالفه
فاذا خالفه فات رضاه بالقبض فانقلب غصبا ولكنه انما يتم لو ثبت ان
الواجب على المستعير قيمته يوم القبض قوله ووجب مثله لرب الثوب
على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع
فان قلت المستعير يصير قاضيا دينه باثبات ملك اليد للمرتهن فقط فلو
ضمنه المعير لثبت له فيما يأخذ من المستعير ملك اليد والرقبة وفيه ربوا
اجيب بان ملك اليد هو المقصود وملك الرقبة تابع فلا يعتبر به قوله
ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال الشارح هذا غير مجرى على اطلاقه بل معناه
يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما ادى بقدر الدين ولا يرجع باكثر من ذلك
لانه ذكر فى الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك
فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك بالدين ولا يرجع باكثر من ذلك مثلا اذا
كان قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يهلك
بالدين ولا يرجع باكثر من ذلك مثلا اذا كان قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين
وهو الالف لا باكثر منه لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير باكثر من ذلك
فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة الى هنا لفظه وهذا مشكل لانه وقع
التصريح فى غير موضع بان معير الرهن انما يرجع على المستعير اذا افتكه باداء
الدين لانه مضطر فى ادائه من حيث انه لا يتوسل الى الانتفاع بملكه الا
بالافتكاك فاذا كان الموجب للرجوع هو الاضطرار لكان ينبغى ان يرجع
بما ادى سواء كان ذلك بقدر ما يهلك به الدين او اكثر لانه كما يضطر
الى الافتكاك فيما اذا كانت قيمته مثل الدين يضطر اليه فيما اذا كان الدين
اكثر من قيمته لانه لا يتمكن من الانتفاع بملكه الا باداء الدين وايضا قياس
صورة الافتكاك على صورة الهلاك غير مستقيم اذ الرجوع الى الراهن فى صورة
الهلاك باعتبار انه اوفى دينه بمال المعير فلا يرجع المعير عليه الا بقدر
ما اوفى دينه من ماله ولا ايفاء الا بقدر القيمة فيما اذا رهنه بالفين وقيمته
الف فلا يرجع الا بقدر القيمة دون الزيادة عليها وفى صورة الافتكاك
الرجوع انما يكون باعتبار كونه مضطرا الى اداء الدين حيث لا يمكنه تخليص
ملكه الا باداء كل ما رهنه به من الدين فيرجع بكل الدين وان كان زائدا
على قدر القيمة فانى يتقايس الصورتان والموجب للرجوع فى كل منهما غير ما هو
الموجب فى الاخرى وايضا المعير لو كان متبرعا بالزيادة على قدر ما يهلك
بالدين لزم ان يكون متبرعا بقدره ايضا لانه متى كان متبرعا بالزيادة كان
للمرتهن ان لا يقبله فيبقى رهنا لما كان فلا يتمكن المعير من تخليص ملكه باداء ما يرجع

به

على المستعير عند الهلاك فيكون متبرعا باداءه اذ الموجب لكونه غير متبرع هو انه
تخلص به ملكه على ما اشار اليه في الكتاب بقوله لانه غير متبرع حيث تخلص ملكه
فظاهر ان التخليص انما يكون باداء الدين لا بقدر ما يهلك بالدين فلا يكون
في اداء ذلك القدر مخلصا ملكه فيكون متبرعا ضرورة ان الموجب لكونه
غير متبرع وهو التخليص فايت ثم قوله بل معناه يرجع بما ادى اذا كان ما ادى بقدر
الدين لا يؤدي المقصود للقطع بانه اذا رهن عبدا قيمته الف بالفين فادى
المعير الالفين وافتكه به فانه لا يرجع على الراهن المستعير على اختيار الشارح
والا يفتك الا بقدر قيمته مع ان المودى بقدر الدين فكان الصواب
ان يقول بل معناه اذا كان ما ادى بقدر ما يهلك به الرهن اما اذا زاد ما ادى
فلا يرجع بالزيادة ثم يشكل الفرق بين معير الرهن و بين ما اذا اشترى رجلان
عينا فادى احدهما حصة الاخر من الثمن وذلك ان المعير لا يكون متطوعا باداء
دين المستعير سواء كان المستعير حاضرا او غايبا والشريك انما يرجع اذا كان
صاحبه غايبا لا يتمكن من مرافعة الامر الى القاضي اما اذا كان حاضرا فلا يرجع
عليه لانه غير مضطر في الاداء لامكان ان يرافع الامر الى القاضي فيامره
القاضي باداء حصته من الثمن فيتمكن الشريك من قبض حصته من العبد
والمعير يرجع الى المستعير سواء امكنه المرافعة الى القاضي بان يكون المستعير
حاضرا او لم يمكنه بان يكون غايبا فلا بد من وجه الفرق وقد ذكرنا الفرق
سابقا فليرجع اليه قوله فالقول قول الراهن الخ فان قيل قد صار
مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالانفكاك فلا يقبل قوله
في ذلك كالغاصب يدعي اداء المغصوب قلنا الرهن وان كان اثبات
يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد
المرتهن فقد انكر الايفاء حقيقة والضمان ينشا منه وكان منكرا الضمان
كذا في الكافي وتوضيحه ان الرهن وان كان ايفاء للدين من مال المرهون
فرجوع المعير مبني على تقرر هذا الايفاء بالهلاك في يد المرتهن وتذكر
المستعير تقرر دعوى الهلاك بعد الفكاك فكان منكرا للضمان لا مدعيا
لسقوطه بعد الوجوب بخلاف الغاصب فان الضمان قد وجب عليه وهو
يدعي سقوطه باداء المغصوب والمالك ينكره فيكون القول للمنكر هذا
ولكن لقائل ان يقول ان الموجب لوجوب الضمان للمعير على المستعير
انما هو ايفاء المستعير دينه بمال المعير وقد وجد الايفاء بالرهن البتة
ولكنه يحتمل النقض بالانفكاك كما ان الموجب للضمان هو الغصب غير ان
الغصب يحتمل النقض برد المغصوب الى المالك بدعوى المستعير الفكاك

ثم هلاك

ثم الهلاك في يده كدعوى الغاصب رد المغصوب الى مالكه لان كلا ينكر
سقوط الضمان بعد ثبوته بغير صفة التقرر فكما ان الغاصب اعتبر مدعيا
للسقوط بعد الوجوب والمالك فكذا يجب ان يعتبر المستعير مدعيا لسقوط
للمعير والمعير منكرا لسقوطه بعد الثبوت بغير صفة التقرر فالفرق مشكل
قوله كما لو اختلفا في مقدار ما امره هكذا وقع في بعض النسخ ولكن الصواب
ولو اختلفا لان في لفظ كما يختل الغرض اذ في الاول القول للراهن
وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه كذا في الشرح
وقد يصحح بان التشبيه انما هو في ان في كل واحد من هاتين المسئلتين
القول قول المنكر مع يمينه وفيه نظر لانهما اذا اختلفا في مقدار ما امره
بالرهن بان قال امرتك بالرهن بعشرين وقال المستعير امرتني بعشرة
فلا يخفى ان كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه فلو كان القول قول المعير
باعتبار انه منكر لم يكن هو احق باعتبار قوله من المستعير لاستوائهما
في الانكار بل اعتبار قول المعير هنا لجهة اخرى وهو انه لو انكر الاصل
كان القول قوله فكذا لو انكر الوصف فالجواب ان التشبيه هنا
مثل تشبيه يقع من الفقهاء كثيرا فانهم كثيرا ما يشبهون عكس المسئلة
بها فيقولون مقام قولنا وعكسه كذا ومثله تمثيلا لاحد النقيضين
بالاخر وكلام صاحب المحيط والذخيرة مشحون بمثل هذا التشبيه يعرف
ذلك بالتصفح والله اعلم قوله فلا ضمان على الراهن اي ضمان التعدي
الذي حصل بالاستخدام او الركوب والا فلا شك في وجوب الضمان
عليه باعتبار انه صار بالهلاك في يد المرتهن موفيا دينه بمال المعير
فان هلاك الرهن في يد المرتهن يوجب تقرر الاستيفاء سواء هلك بعد
قضاء الدين او قبله الا يرى انه يجب على المرتهن رد ما استوفى من الدين
الذي استوفى منه واذا صار الراهن موفيا دينه بالهلاك ولو بعد قضاء
الدين وجب عليه اداء مثل الدين الى المعير لاداءه من ماله باذنه قوله فانه
كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان فان قلت المستعير
اذا خالف بمجاوزة المكان لا يبرأ عن الضمان ما لم يصل العين الى صاحبه
وهنا مستعير قد خالف فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه
قلت هذا المستعير نظير المودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق
مقصود المعير حتى لو هلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع فكان
ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ من الضمان فان قلت يشكل
بما لو افتكه الراهن ثم استعمله فهو ضامن ولو ترك الاستعمال ثم هلك

بافة اخرى لا ضمان عليه ايضا مع انه لم يوجد الرد بعد الاستعمال الى المعير او الى من هو يحقق مقصود المعير وهو التسليم الى المرتهن قلت انه لم يوجد ذلك فقد وجد الرد الى نائب المعير وهو المستعير لان الراهن الذى هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالرد الى الوفاق كذا فى الشرح وفيه نظر لما ذكر الشارح فى كتاب الوديعة نقلا عن الكردرى رح ان الوديعة خاصة والامانة عامة فالوديعة هى الاستحفاظ قصدا والامانة هى الشئ الذى وقع فى يده من غير قصد بان هبت الريح فى ثوب انسان والقته فى حجر غيره والحكم فى الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفى الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف هذا كلامه فعلى هذا التحقيق كان العين فى يد المستعير بعد الفكاك امانة لان الاستحفاظ لم يثبت قصدا وما ثبت من الاستحفاظ فى ضمن الاعارة لم يبق لانتهاء حكمها الا يرى انه لو استعار دابة الى الجبنة ذاهبا لا جائيا ثم جاوز عن الحيرة الى القادسية ثم ردها الى الحيرة لم يبرأ عن الضمان بالاتفاق فاذا كان العين بعد الفكاك امانة وجب ان لا يبرأ عن الضمان اذ خالف كما هو الحكم فى ساير الامانات وقد اجيب فى الشاهان بان المستعير بعد الفكاك يعمل للمعير لانه افتكه ليرده عليه فيصير بمنزلة المودع من حيث انه يحصل مقصود الامر ولو يحفظ فلما كان مودعا ثمه مع انه عامل لنفسه من كل وجه لان يكون مودعا ههنا وانه عامل للمعير من كل وجه اولى هذا كلامه وفيه نظر لما ذكر فى الذخيرة ان رد العارية فى مسئلة الرهن على المعير لا على المستعير فلا يتعين افتكاكه للرد الى المعير اذ الرد غير لازم عليه فلا يكون عاملا له الا ان يقال الرد فى مسئلة الرهن ان كان لا يجب على المستعير فتمكين المعير من الاسترداد واجب عليه فيكون افتكاكه للتمكين الواجب عليه وذلك عمل للمعير فمعنى قوله افتكه ليرده انه افتكه ليمكنه من الاسترداد والله اعلم قوله فيصير مستوفيا الكل من الابتداء بطريق الاستناد الى القبض وانما ياخذ المدفوعة بدل المائة المتلف على ملكه على هذه النكتة لانه عند الهلاك يستند الاستيفاء الى القبض السابق فصار كانه قبض الالف كلها ثم الفا بل اتلف مائة منها فى التقدير فياخذها بدلا عن المتلف على ملكه فعلى هذا لا يصير المائة المدفوعة رهنا والنكتة الثانية تشير الى انها رهن اذا لم يحل الاجل كذا فى الشاهان قوله اونقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة فينتقل الى المائة المدفوعة ضمان مائة من الدين ويذهب تسعمائة منه

بذهاب العين فيصير المائة المدفوعة رهنا بمائة فياخذها المرتهن بمائة من دينه اذا حل الاجل قوله يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك يشير هذا اللفظ الى ان المائة الماخوذة من القاتل تصير رهنا وذلك لانه اعتبر الهلاك على هذا التخريج مع اجزاء العين لا غير فيجعل جزأ من عشرة اجزائه كالباقى من حيث انه هلك الى خلف ولو كان جزء من اجزائه قايما حقيقة لكان مرهونا بما بقى من الدين فكذا اذا كان حكما ببقاء خلفه قوله واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر لا شك ان ثمرة هذا الاختلاف لا يظهر فى هذه المسئلة وهى انه رهن عبدا قيمته الف فنقص سعره الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة لظهور ان المرتهن فى هذه المسئلة يصير مستوفيا تسعمائة عندنا وعنده لكن عندنا باعتبار انه هلك تسع مائة وعنده باعتبار

بنقصان السعر انما يظهر اثر الخلاف فيما اذا افتك العبد بعد تراجع سعره الى مائة فكانه جعل هذا الاختلاف اصل هذه المسئلة باعتبار انه يوجب هذا الاختلاف اختلاف التخريج فى هذه المسئلة وان كان لا يوجب اختلاف الجواب قوله بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد يعنى الباقى بعد تراجع السعر فى صورة القتل هو المائة وانه لا يصلح لاستيفاء الالف به لمكان الربوا وفى صورة الموت حتف انفه الباقى بعد تراجع السعر هو العبد والبد القايمة عليه يصلح لاستيفاء الالف قوله لان العبد كالحاصل له بعوض كانه اشتراه من ولى الجناية كذا فى الكافى فان قلت لو كان بمنزلة الشراء لما بقى ولد الرهن مرهونا مع امه بعدما فداه الراهن كما لو اشتراه بعد الدفع الى ولى الجناية والمسئلة بخلافه قلت جوابه قد ذكرنا فى المضاربة فعليك به والظاهر من تقييد المصنف بقوله كان على المرتهن يشعر بان المؤثر فى سقوط الدين هو لزوم هذا العوض على المرتهن وذلك لانه لما حصل له بعوض كان على المرتهن راجع على المرتهن بذلك لانه وقع فيه من جهته وللمرتهن على الراهن مثله فيلتقيا قصاصا فهو اشارة وجه اخر لسقوط دين المرتهن فقد ذكر له وجهين احدهما انه لما ادى الفداء الذى كان على المرتهن وهو مضطر فيه لتخليص ملكه ثبت له حق الرجوع بذلك على المرتهن وله عليه مثله فصار قصاصا والثانى انه لما استحق العبد لولى الجناية صار كانه دفع اليه لمعنى فى يد المرتهن فصار كالهالك فى يده فيصير بالهلاك مستوفيا دينه بالقبض السابق ولا يكون للمرتهن سبيل على الرهن

بالرهن وقيمته الف يوم الرهن وعنده باعتبار انه هلك صح

بعدما فداه الرهن لانه كالمشترى من ولى الجناية قوله ولو استهلك العبد
المرهون مالا يستغرق رقبته اى بعدما قتل قتيلا خطأ كذا فى الحاشية
وكانه انما قيد به بدلالة قوله فيما بعد لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وحق ولى الجناية ولكن قوله وان كان دين العبد اقل سقط من دين
المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان
يدل على ان المسئلة غير مفروضة فيما اذا قتل قتيلا لانه لو كانت المسئلة
مفروضة فيه لكان ينبغى ان يرد ما فضل من دين العبد الى ولى الجناية
الا ان يجعل ذلك رهنا لان حق ولى الجناية مقدم على حق المرتهن
صرح به فى الشاهان قوله فان فضل شئ فان قلت كيف يتصور
الفضل عند استغراق المال رقبته اجيب بان المراد فان بقى شئ
من ثمن العبد بعد اداء دين الغريم وجاز ان يفضل الثمن من الدين
مع كونه مستغرقا رقبته من حيث القيمة اذ الثمن هو ما يتفق عليه المتعاقدان
وقد يتفقان على اكثر من قيمة فيفضل الثمن على مال استغرق رقبته
قيمة فصل قوله ثم صار خلا يشير الى انه لو لم يصر
خلا بطل الرهن واليه يشير ما ذكر فى الكافى من قوله واذا صار
خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن هذا كلامه
فقد جعل التخمر عارضا والعارض هو المانع فيدل على ان التخمر يمنع
الرهن ولكن التعليل بكون الخمر محلا لبقاء الرهن وان لم يكن محلا
لابتدائه يشعر بان الرهن بعد التخمر باق فى الخمر كما كان فى العصير وان
التخمر لا يوجب شيئا من التغير فى الرهن بل يفتك الخمر بكل الدين كالعصير
لانه فى البقاء كالعصير فى الابتداء وهذا تهافت ظاهر ولذا
المصنف رحمه الله اقتصر فى التعليل على كون الخمر محلا لبقاء الرهن ولم يتعرض
لما ذكر فى الكافى من قوله واذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر
حكمه فجعل كان لم يكن لان جعل التخمر عارضا ينافى جعل الخمر محلا لبقاء
الرهن على ما لا يخفى والله اعلم بالصواب وجوابه ان فى كون الخمر
محلا لبقاء البيع روايتين فى رواية هو محل لبقائه وفى رواية ليس بمحل
لبقائه ايضا فالتعليل بكونه محلا لبقاء الرهن بناء على ما قال البعض
من ان الخمر محل لبقاء البيع فيكون محلا لبقاء الرهن والتعليل بانه
لما صار الخمر خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه كما هو المذكور فى الكافى
بناء على ما قال البعض من ان الخمر ليس بمحل لبقاء الرهن ايضا واشتراط
صيرورته خلا ليكون الجواب على اتفاق الروايتين فانه اذا لم يصر خلا

وان كان

وان كان يبقى الرهن عند البعض فهو لا يبقى عند الاخرين فاما اذا صار
خلا فيبقى الرهن بالاتفاق قوله والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء
فهو محل له بقاء فان قلت ما يرجع الى المحلية فالابتداء والبقاء فيه
سواء كالمحرمية فى باب النكاح يستوى الابتداء والبقاء فانه لا يجوز
نكاح المحرم ولو صار محرما بعد النكاح بطل النكاح اجيب بان الاستواء
بين الابتداء والبقاء انما يكون فيما لا يكون محلا من وجه دون وجه
فالبقاء فيه يغاير الابتداء حيث لا ينعقد العقد فيه ولو انعقد لا يبطل
والخمر محل للبيع والرهن من حيث انه مال وليس بمحل لهما من حيث انه
ليس بمتقوم فلا ينعقد البيع فيه وكذا الرهن ولو انعقد فى العصير
ثم تخمر لا يبطل ونظيره مكاتب الاب اذا مات الاب وورثته البنت
ثم نكحته لا يجوز ولو كان الاب زوج البنت مكاتبها ثم ماتت بقى
النكاح لان مكاتب الاب بعد موته محل للنكاح من حيث انه لا يملك
بالموت وليس بمحل له من حيث انها يملك بدلها فيكون كالمالكة لرقبتها
فلا يصح النكاح ابتداء ولا يبطل نكاح قد انعقد فى حيوة الاب قوله
حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير تفريع
بان العقد لا يفسد بتخمر العصير قبل القبض وذكر الشارح ان المسلم
اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يفسد الشراء ويشكل الفرق على رواية
الكتاب بين تخمر العصير قبل القبض وبين اسلام المتعاقدين او احدهما
قبل قبض الخمر اذ العقد يبطل بالاسلام بعلة ان الاسلام مانع عن القبض
الذى له شبه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف كما يستفاد
بالعقد ملك الرقبة وبالتخمر لا يبطل ويجب ان يبطل به ايضا كما ذكر
الشارح بالعلة المذكورة وجوابه ان فى مسئلة الاسلام ايضا اختلاف
الروايتين اشار اليه المصنف فى باب المكاتبة الفاسدة فاستوت
مسئلتا التخمر والاسلام حيث يفسد البيع فيهما عند البعض ولا يفسد
البيع فيهما عند البعض فلا يحتاج الى الفرق نعم يشكل بان التخمر يقتضى
ان يكون له ولاية الرد والرد بعد التمليك تمليك الا يرى الى ما مر من قوله
ولو كان المشترى بالخيار عبدا مأذونا له فابراه البايع عن الثمن فى مدة
بقى خياره عنده لان الرد امتناع عن التمليك والمأذون له يليه وعندهما
بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو ليس من اهله
هذا لفظه والعصير يملك بمجرد الشرى ثم لا يزول ملكه بالتخمر لانه
ليس من اسباب زوال الملك فبقى مالكا له فكان رده بحكم الخيار كتابة

لتغير وصف المبيع تمليكا وتمليك الخمر باطل ولهذا اذا اشترى ذمي
عن ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها
فلا يملك ردها ولئن قيل الرد قبل القبض فسخ للبيع لا تمليك فلنا
الرد بحكم خيار الشرط ايضا فسخ من الاصل مع انه لا يجوزه ابو يوسف
ومحمد في الخمر اذا اسلم احد المتعاقدين **قوله** لان البيع ينتقض بالهلاك
والمنتقض لا يعود وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا قتل العبد
المبيع عبد فدفع العبد القاتل مكانه حيث لا ينتقض البيع هناك
لقيام الثاني مقام الاول فلان لا ينتقض في هذه المسئلة مع
بعض المحل اولى والفرق ان المبيع في مسئلة الشاة قد هلك بموتها
ثم يحيى بعضه بالدباغة والعقد ينتقض بمجرد الهلاك فلا يعود وفي مسئلة
العبد ان هلك حقيقة فهو ليس بهالك حكما لقيام العبد المستحق دفعه
مقام المبيع **قوله** وقد ذكرناه في البيوع **فان قلت** ظاهره يقتضي
انه ذكر في البيوع الاختلاف معها في جميع ما ذكرهنا من الرهن والثمن
والمثمن والمهر والمنكوحة وهو لم يذكر هناك الا الاختلاف في الثمن
والمثمن فالحوالة ليست برابحة **قلت** انه ان لم يذكر في البيوع الاختلاف
في جميع ما عده ههنا صريحا فقد ذكره حكما من حيث انه اشار الى علة
الاختلاف في جميع ذلك يعرف بالتامل **قوله** بل وجوبه سابق
على الرهن يعني ولو حكما كما لو رهن بالقرض الموعود **قوله** يوجب
الشيوع في الرهن وهو غير مشروع وذلك ان الرهن كان كله مرهونا
بالدين الاول بحيث لو هلك هلك به ثم لو جعل رهنا بالثاني كان
رهنا به على وجه يكون محبوسا كله به بحيث لو هلك هلك كله به وانه
متعذر فبالضرورة يجب بقسمته على الدينين فيفضي الى الشيوع ولا
يمكن الالحاق باصل العقد حتى يصير كله رهنا بالدينين بعقد واحد
حتى لو هلك يهلك بهما لان الدين ليس بمعقود عليه الى اخره **قوله** واذا
ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد
منهما الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد
الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام وذلك ان الرهن فيه انما
يثبت باثبات الراهن وقد جعله زيادة مع الولد دون الام فيثبت على هذا
الوجه فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد ثم ما اصاب
الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت كذا في الكافي
وقد قيل عليه انه صرح في الكافي اولا بان الولد لا يستتبع الزيادة

حال بقاء اصله لان الولد تبع فلا يستتبع غيره حتى يقسم الدين اولا على الام والزيادة
ثم ما اصاب الام يقسم بينها وبين ولدها قدر قيمتهما فان حصلت الزيادة بعد
هلاك الام يكون رهنا تبعا للولد لان الولد صار اصلا حتى يقسم الدين على الام
والولد ثم ما اصاب الولد يقسم بينه وبين الزيادة بشرط بقاء الولد الى وقت
الفكاك هذا لفظه وانه تصريح بان الولد لا يستتبع الزيادة مع بقاء اصله
وهو الام ولا يمكن ان يحمل هذه على ما اذا ماتت الام بعد الولادة ثم زيد مع الولد
عبد كما هو المذكور في بعض الحواشي لانه ذكر مسئلة موت الام بعد الولادة
وزيادة العبد بعد موتها سابقا فلو حملت هذه المسئلة على ما اذا ماتت الام
بعد الولادة ثم زيد العبد لكان تكرارا محضا على ان التعليل بقوله لانه جعله
زيادة مع الولد دون الام يأبى حملها عليه لان الزيادة ح تتعين تبعا للولد
سواء زاده الراهن مع الولد او سكت عن ذلك فلا يكون المؤثر ح زيادة الراهن
العبد مع الولد بل المؤثر ح صيرورة الولد اصلا بموت الام وحيث جعل
المؤثر زيادة الراهن العبد مع الولد علم ان المسئلة مصورة فيما اذا كانت
الام حية فالاولى ان يقال قوله ان الولد لا يستتبع الزيادة معناه لا يجعل
الزيادة بنفسه تبعا لذاته فاما ان يجعل الراهن الزيادة تبعا للولد فلا منع
منه لانه وان كان تبعا فهو يحتمل ان يجعل اصلا والله اعلم **قوله** فما حلت
فهو حلال لك الى قوله وليس بتمليك فيه اشارة الى ان الاحلال ليس بتمليك
وذكر الزاهدي في قوله فما حل لك طيبا ان بالاباحة لا يصير ملكا له
حتى اذا تناول تناول على ملك المبيح ولو قال هو حلال لك يصير ملكا له **قوله**
او بايفاء متطوع فرق هنا بين ابراء الدين وايفاء المتطوع وقد جعلوا ايفاء
المتطوع الدين عن الكفيل كابراء الطالب عنه حتى لا يرجع الكفيل في صورة
ايفاء المتطوع كما لا يرجع في صورة الابراء وعلله في الذخيرة بان التبرع بقضاء
الدين عن الغير اسقاط الدين عنه لا تمليك فصار هذا والابراء سواء فيجب
ان لا يهلك الرهن بالدين في صورة ايفاء المتطوع كما لا يرجع الكفيل فيه على ما
ذكر في مسئلة الكفالة او يرجع الكفيل فيه كما يهلك الرهن بالدين على ما ذكر
هنا فلا بد من وجه الفرق **قوله** وبالاستيفاء لا يسقط الى قوله فاما هو
في نفسه قايم وههنا نظر اما اولا فلان الدين لو كان قايما بعد الاستيفاء
يصح الرهن به ابتداء وهو غير صحيح **وجوابه** ان الرهن شرع وثيقة لجانب
الاستيفاء لانه يكون موصلا الى اداء الدين فلا يصح الا فيما يمكن استيفاء
الدين وبعد الايفاء ان كان الدين لا يسقط فالاستيفاء يتعذر لا محالة
فلا يفيد الرهن فائدته فلا يصح اما بقاء الرهن مع تعذر الاستيفاء فيجوز

اذ البقاء اسهل من الابتداء وفيه نوع فائدة ايضا وهو ان الاستيفاء ينتقض
بهلاك الرهن قبل الرد الى الراهن واما ثانيا فلان هذا لا يكاد يستقيم
فيما اذا رهن عينا بالمسلم فيه ثم اوفاه المرتهن لما عرف ان ما يؤديه المسلم اليه
الى رب السلم فهو في حكم عين الواجب في ذمته لئلا يلزم الاستبدال المحرم
بالنص وظاهر ان الشئ بعد استيفاء عينه لا يتصور بقاؤه في الذمة وجوابه
ان المؤدى في السلم انما جعل في حكم عين الواجب مع انه غيره حقيقة ضرورة
حرمة الاستبدال فيبقى فيما وراءه على الاصل والرهن امر وراء الاستبدال
نعم يشكل في صورة القرض لما صرح به المصنف رحمه الله في باب السلم ان
المردود في القرض عين الماخوذ كان من ضرورته سقوط الدين فينبغي ان
لا يبقى الرهن فيما اذا استقرض شيئا ثم رهن به ثم اوفاه واطلاق المسئلة
يقتضي ان الرهن يبقى في باب القرض ايضا واما ثالثا فلان الامام
فخر الاسلام وغيره من ائمة الاصول جعلوا ايفاء الدين من قسم الاداء
المحض دون القضاء والاداء رد عين الحق بدون تغيير في الوصف فهو
يشعر بان الدين لا يبقى في الذمة بعد الاستيفاء ضرورة انه لما صار
عينه مؤدى الى من له الحق لا يتصور بقاؤه بعد ذلك واما رابعا
فلما ذكر في الكافي في باب الاختلاف في الشهادة حيث قال ولو ادعى
الغريم الايفاء فشهدا بالابراء او التحليل يقبل لان الايفاء اثبات القبض
والبراءة وقد شهدا ببعض ما ادعاه ولو ادعى انه ابراه او حلله فشهدا
على اقرار الطالب بالاستيفاء سئل الغريم فان فسره بالاستيفاء يقبل
لانه وفق وان فسر بغيره لا يقبل لانهما شهدا باكثر هذا كلامه فلو كان
الابراء اسقاطا للدين والاستيفاء تقريرا له وجب ان لا يقبل الشهادة
في المسئلة الاولى لانهما شهدا بضد ما ادعى وان لا يصح تفسير الابراء
بالاستيفاء في الثانية لعدم صحة التفسير بالمناقض وايضا يشكل بما
لو قال لفلان على الف ثم قال قضيتها اياه قبل ان اقر بها واقام البينة
لم يقبل بينته لان اقراره يوجب كون الالف عليه وقت الاقرار فاذا
ادعى القضاء قبل ذلك وانه يوجب سقوط الدين عنه كان مناقضا لا
انه اذا ادعى انه قضاه قبل موصولا به يقبل استحسانا لان هذا اللفظ
يذكر ويراد به انه كان عليه مجازا فمتى وصل باقراره دليلا على المجاز يقبل
لانه بيان تغيير كذا في الذخيرة فلو كان الاستيفاء مقررا للدين
وجب ان يقبل البينة في هذه المسئلة مطلقا لان القضاء مقرر لا مسقط
فلا يكون متناقضا قوله او صالح على عين لانه استيفاء قلت يشكل على هذا

ماذكرنا الترتاشي من الحيلة فيما اذا قال الزوج لامرأته ان لم تهبي لي صداقك
اليوم فانت طالق وقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك طالق
حيث قال والحيلة في ان لا يحنثا هي ان يصالح عن مهرها بثوب فاذا
مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب ولم يحنث الزوج لانها عجزت عن الهبة
عند الغروب لان الصداق سقط من الزوج كذا ذكر في الشرح
في كتاب الايمان في مسئلة الكوز ووجه الاشكال ظاهر وهو ان
الصلح عن الدين على عين لما كان استيفاء وبه لا يسقط الدين كانت المرأة
متمكنة من هبة الصداق بعد الصلح ايضا لبقاء الدين الا يرى ان ابراء
بعد الاستيفاء يجوز ويجب عليه رد ما استوفى وهبة الدين ابراء
فيصح ايضا فيجب ان يحنث الزوج في المسئلة المذكورة وان صالح عن مهرها
على ثوب وفي الذخيرة قال لامرأته ان لم تهبي صداقك اليوم فانت طالق
ثلاثا فقال ابوها ان وهبت صداقك فامك طالق فالحيلة ان تشتري
من زوجها ثوبا ملفوفا بمهرها وتقبضه فاذا مضى اليوم فقد مضى وقت
اليمين ولا مهر لها في ذمة الزوج فبطل اليمين ولا يحنث الزوج بترك
الهبة ثم تكشف عن الثوب المشترى فترده بخيار الرؤية ويعود المهر
على الزوج فلا تطلق امها ايضا لانها ما وهبت المهر انما اشترت
به هذا كلامه وهذا ايضا مشكل كما ذكرنا قوله وكذلك اذا احال
الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك بطلت الحوالة ويهلك بالدين
وههنا وجوه احدها ان الدين لا يسقط بالحوالة بل ذمة المحتال
عليه يقوم مقام ذمة المحيل فيبقى الرهن ايضا فاذا هلك الرهن يهلك
بالدين فيبطل الحوالة لانه يستند حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض
السابق فيتبين انه حال بالدين والثاني ان الدين ان كان يسقط بالحوالة
فلا يسقط به مطلقا بل مقيدا بعدم التوى فيكون احتمال الدين بعد
الحوالة قائما لجواز ان يتوى الدين على المحتال عليه فيعود الى ذمة المحيل
وبقاء الرهن يعتمد توهم الدين كما سياتيك في صورة التصادق على عدم
الدين فاذا كان الرهن باقيا يهلك المرهون بالدين فيظهر بطلان الحوالة
والثالث هو الذي اشار اليه في الكتاب بقوله لانه في معنى البراءة
بطريق الاداء لانه نزول عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه
او ما يرجع به على المحيل ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين واعترض عليه
بانه ما زال ملك الراهن عن المثل لان المثل للمديون واجيب بان
الراهن حق طلب المثل والحوالة تبطل ذلك كذا في الحاشية وقد يجاب ايضا

٤٢٥٩٧

بان لفظ المثل فى قوله مثل ما كان مقحم اى نزول به عن المحيل ما كان
له على المحتال عليه من الدين ولا شك ان الدين ملك المحيل لانه مال
حكما حتى الزكوة على رب الدين ويصح تصرفه بالهبة والشرى ولكنه
غير سديد لما صرح به فى الكافى فى باب الحوالة ان الدين الذى للمحيل
على المحتال عليه يبقى فى ملكه بعد الحوالة حتى لو ابرأ المحتال المحتال عليه
من الدين رجع المحيل على المحتال عليه بدينه وكذا لو مات المحيل وعليه ديون
قبل ان يقبض المحتال دين الحوالة صار الدين بين غرمائه بالحصص
ولم يختص المحتال به ولو ادى المحتال عليه دين الحوالة المقيدة بدين
عليه فى مرض المحيل ثم مات المحيل وعليه ديون كان ما على المحتال منهم
بالحصص هذا كلامه **قوله** لتوهم وجوب الدين بالتصادق ووجهه
ان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجوب كما فى الدين الموعود
وقد بقيت الجهة لانه يحتمل ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان تصادقا
على ان لا دين بخلاف الابراء لانه سقط به كذا فى الكافى **وفيه نظر**
اذ لا بد للرهن من الدين حقيقة او ظاهرا كما فى الدين الموعود اذ
الظاهر هو ايفاء الوعد فكان الدين ثابتا ظاهرا اما التصادق
على وجوب الدين بعد التصادق على عدمه فليس بظاهر بل هو محض
احتمال غير ناشئ عن الدليل ومثله غير معتبر انما المعتبر من الاحتمال
هو ما ينشأ عن دليل كالوعد بالدين ولا شئ من الدليل على تصادقهما
على وجوب الدين بعد التصادق على عدمه فلا يكون معتبرا الا يرى
ان احتمال التصادق على وجوب الدين بعد الابراء عنه قايم عقلا مع
انه غير معتبر لانه احتمال غير ناشئ عن دليل فالحق هو ما قال شيخ الاسلام
انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه
والصواب انه لا يهلك مضمونا

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان كلا منهما من لوازم الاشربة المسكرة
فكل من الصيد والرهن والجناية من لوازم شرب الاشربة الملذة
المطربة فذكر الكل عقيب الاشربة ثم رتب بينها لان اللحم الذى لاجل
اسبابه الصيد الزم لها من الرهن ثم الرهن الزم لها من الجناية وقيل
اورد الجنايات عقيب الرهن لان كلا منهما للوقاية والصيانة فان
الرهن عقد وثيقة لصيانة الدين عن الهلاك فكذا حكم الجناية شرع
لصيانة النفس عن الغيلة والسفاك ولقطع الضغائن المستقرة بين
الاحزاب على ما وقعت اليه الاشارة فى قوله تعالى ولكم فى القصاص حيوة يا اولى

غيرانه

غير انه قدم الرهن الذى هو سبب وقاية المال على الجناية لان فيه طلب
التناسب باقصى النهاية لما ان المال وسيلة لبقاء النفس فى كل الازمنة
والوسائل مقدمة على المقاصد هذا كلامه **قوله** وشبه عمد **فان**
قلت ينبغى ان يسمى هذا النوع من القتل شبه الخطاء لانه عمد حقيقة كما
يشير اليه تعريفهم اياه بقولهم ان يتعمد ضربه بما ليس بسلاح لكنه يشبه
الخطأ من حيث ان الالة لم توضع للقتل فهو عمد بالنظر الى نفس الفعل
خطأ بالنظر الى الالة والفعل اصل والالة تبع **اجيب** بان جانب العمد
وان كان راجحا فيه على جانب الخطأ ولكن احكام الخطأ فى هذا النوع
غالبة فبالنظر الى غلبة احكام الخطأ فيه جعل جانب الخطأ راجحا
فسمى شبه العمد لا شبه الخطاء وخطاء العمد لا عمد الخطاء فتأمل
قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال
الالة القاتلة **فان قلت** قد يستعمل الالة القاتلة ولا يكون عمدا بان
رمى الى صيد فاصاب ادميا فانه خطاء مع وجود الالة القاتلة
فلو كان استعمال الالة القاتلة تعمدا لكان قتل الادمى بسهم رماه
الى صيد عمدا وليس كذلك **اجيب** بان استعمال الالة انما يقوم مقام
العمد فى حق الفعل بمعنى انه يتعين قتلا وينقطع منه احتمال التاديب
لا فى حق المحل لظهور انه لا يتعين باستعمال آلة القتل انه قصد هذا
المحل او ذاك **قوله** لقوله عليه السلام العمد قود اى موجب العمد قود
جعل جنس العمد قودا منكرا والقود الواحد لا يترتب على جنس العمد
لكان المراد جنس القود فيلزم ان لا يكون القود موجب الخطاء والا
لم يكن جنس القود موجب العمد كذا فى الحاشية **قلت** ذكر بعض المحققين
من الادباء ان المعرف باللام ان جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر
سواء كان الخبر معرفا بلام الجنس وغيره او كان غير معرف نحو التوكل
على الله والتفويض الى امر الله وان جعل خبرا فهو مقصور على المبتدأ وقوله
عليه السلام العمد قود ظاهره من قبيل التفويض الى امر الله فيفيد حصر
المبتدأ على الخبر وبهذا المعنى لا يصلح دليلا على التقييد بوصف العمدية
لانه لا ينافى ان يكون القود غير العمد ولكن المراد بالقود الجنس كما ذكر
فى الحاشية والمضاف محذوف من المبتدأ لصحة الحمل فيكون التقدير موجب
العمد القود فيكون من قبيل زيد الامير فيفيد حصر القود على العمد لا يقال
الحمل كما يصح بحذف المضاف من المبتدأ يصح بحذفه من الخبر بتقدير العمد
موجب القود اى مثبته فيكون من قبيل الامير زيد فيفيد حصر المبتدأ على الخبر

فكان محتملا فلا يستقيم تقييد المطلق بالمحتمل لان حذف المضاف هنا
من الخبر غير ممكن اذ العمد كما يوجب القود يوجب الاثم ايضا فلو حمل على
المضاف من الخبر كان المعنى ان العمد لا يوجب الا القود وذلك
فاسد ثم هنا بحث اما اولا فلان الحصر في مثل هذا ليس بلازم
بل قد يفيد وقد لا يفيد فكيف يصح ترك الاطلاق القطعي به وجوابه
ان هذا قد تايد باجماعهم على عدم وجوب القصاص على الخاطي فيجوز
التقييد به واما ثانيا فلان المصنف رحمه الله قد تمسك بهذا الحديث
على تعين القود موجبا للعمد حيث قال ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا
من السنة وهو قوله عليه السلام العمد قود ولا يخفى ان التمسك به على
انما يستقيم ان لو كان يفيد حصر المبتدأ على الخبر بمعنى ليس موجب العمد
الا القود اما لو فرض فيه حصر الخبر على المبتداء بمعنى ليس القود الا جزاء
العمد فلا ثم يمكن ان يقال في وجه التمسك بقوله العمد قود على اختصاص
القود بالعمد واختصاص العمد بالقود بان لا يكون موجبه غير القود
وهو المال ان النص بظاهره يقتضي حصر العمد على القود لانه من قبيل
التفويض الى الله فيكون المعنى لا عمد الا قود فيفيد انتفاء ان يكون
المال موجبا للعمد فيصح تمسكا على عدم شرعية المال في العمد ثم النبي
صلى الله عليه وسلم حمل القود على العمد حيث قال العمد قود وانه من قبيل
زيد عدل وانه يقتضي ان يكون العمد هو القود بعينه والاتحاد يقتضي ان
لا ينفك احدهما عن الاخر اذ الانفكاك يستدعي الاثنينية فعند تعذر
الحمل على الحقيقة يجعل مجازا عن عدم الانفكاك اي القود لا ينفك
عن العمد والعمد لا ينفك عن القود والكلام اذا دار بين المجاز والحذف
فالمجاز اولى وقوله اي موجبه ليس بحذف المضاف من المبتدأ بل هو
بيان اختصاص القود بالعمدية اي القود موجبا العمد بارادة حصر
القود على موجب العمد **قوله** ولنا ما تلونا من الكتاب وهو قوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى لان كان المعنى كتب عليكم ايها القاتلون
التمكين من الاختصاص عند طلب اولياء المقتول فلا دلالة له على تعين
القصاص موجبا للعمد لان كون موجب العمد واحدا من القصاص
او المال لا ينافي وجوب التمكين من الاقتصاص عند طلب الولي ذلك
منه اذ الاختيار في استيفاء احدهما الى الولي دون القاتل وكذا كون
الموجب هو القود لا ينافي ان يكون للولي النقل الى المال وكذا ان كان
المعنى كتب عليكم ايها الحكام او اولياء المقتول اعتبار المساواة عند

عند استيفاء القصاص لظهور ان وجوب اعتبار المساواة عند استيفاء
القصاص لا يوجب تعين القصاص موجبا للقود بحيث لا يجبر على دفع
المال لو اختاره الولي **قوله** وما روينا من السنة وهي قوله عليه السلام
العمد قود وذكر في المبسوط وجه التمسك به وقال ادخل الالف واللام
في العمد وليس هنا معهود فكان للجنس وفيه تنصيص على ان جنس العمد
موجب للقود ومن جعل المال واجبا به فقد زاد على النص والى هذا
اشار ابن عباس رضي الله عنه في قوله العمد قود لا مال فيه كذا في الشرح
وهذا يدل على ان التقدير في قوله العمد قود العمد موجب قود وان
فيه حصر المبتدأ على الخبر بمعنى لا عمد الا موجب للقود فيشكل التمسك
به للمسئلة الاولى وهي ان القود لا يجب الا بالعمد اللهم الا على ما
ذكرنا من التاويل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد المولى بعد اخذ المال
فلو يتعين مدفعا للهلاك **قلت** انه ان لم يتعين مدفعا للهلاك مطلقا
فقد تعين مدفعا للهلاك بسبب القتل قصاصا وتعين المال لدفع
الهلاك بسبب معين يكفي لوجوبه عليه بغير رضاه عنه كما لو اصابه
مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل يلزمه الشراء وان لم يرض
به مع ان الشراء لم يتعين مدفعا للهلاك الا بسبب معين وهو الجوع
لجواز ان يهلك بعد الشراء بسبب اخر غير الجوع على انه لا شك ان المال
في مسئلتنا تعين مدفعا للهلاك بالقتل من حيث الظاهر لانه بعد اخذ
المال لا يتمكن من قتله الا ظلما والظاهر ان لا يظلم وتعين المال لدفع
الهلاك ظاهرا يكفي لوجوبه بغير رضاه منه كما في مسئلة المخمصة فان الشراء
تعين مدفعا له من حيث الظاهر لا من حيث القطع لاحتمال ان يملك الطعام
بالشراء لا ياكله فيموت جوعا ولكنه خلاف الظاهر لان الامتناع
عن اكل ماله عند الاضطرار اليه حرام فالظاهر عدمه **قوله** ولان
الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها
لدفع الاعلى وقد يشكل ههنا وجوب الفدية في باب الصلوة احتياطا
عند العجز عنها من حيث ان الفدية ايضا من المقادير وقد تعين في الشرع
جبرا للادنى وهو الصوم مع انها تجب احتياطا في الاعلى وهو الصلوة اذ
امرها اهم من الصوم على ما عرف فينبغي ان تجب الكفارة في القتل العمد
ايضا وجوب الفدية في الصلوة او لا تجب الفدية فيها كما لا تجب الكفارة
في العمد وايضا الكفارة تجب في شبه العمد الحاقا له بالخطأ مع انه اعلى
منه في الاثم وعلى ما ساق الكلام هنا ينبغي ان لا يلزم الكفارة في شبه العمد

وقد يجاب عن الاول بان الشافعي رح قال بوجوب الكفارة في العمد على
الحتم وهذا التعليل خرج ردا لمذهبه فان تعين الشيء لجبر الادنى لا يدل
على تعينه لجبر الاعلى البتة فلا يصح القول بالوجوب على الحتم واما مشايخنا
فانما لم يوجبوا على سبيل الاحتياط كما اوجبوا الفدية في الصوم لان القول
بالوجوب احتياطا لا يمكن مع التنصيص من الشرع بخلافه وقد نطق الحديث
بان لا كفارة في العمد قال عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيهن وعد
منها القتل بغير حق واما الجواب عن الثاني فسنذكره قوله ولنا قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطاء العمد اي خطاء يشبه العمد قتيل السوط والعصا لم يفصل
بين العصا الصغير والكبير وقد يقال العصا يقع في العادة على ما لا يقتل
به غالبا فيكون الحديث موافقا لمذهبهم دون مذهبه لا يقال العصا
قد لا تلبث كما اذا ضرب به صبيا رضيعا وهو ابن يوم او يومين اجيب بانه
انما لا يتحمل العصا لضعف بنيته لعارض الصغر والعوارض غير معتبرة وكانه
اراد بالسوط والعصا ما لا يكون معدا للقتل فيدخل فيه القتل بالحجر العظيم
الذي لا يلبث قوله والكفارة تشبه الخطاء فان قلت الكفارة شرعت
لستر الذنب والذنب في شبه العمد اغلظ منه في الخطاء حتى يجب فيه الدية
مغلظة وفي الخطاء مخففة وتعين الشيء لدفع الادنى لا يدل على تعينه لدفع
الاعلى فكيف يجب الكفارة فيه الحاقا بالخطاء قلت تعين الشيء لدفع الادنى
لا يدل على تعينه لدفع الاعلى على سبيل الحتم واما على سبيل الاحتمال فجائز
ان يكون الدافع للادنى دافعا للاعلى ايضا فلما احتمل ذلك وكانت الكفارة
من العبادات التي مبناها الاحتياط قلنا بوجوبها في شبه العمد احتياطا
واما قتل العمد فقد خرجنا وقال صاحب الينابيع وجدت في كتب اصحابنا
ان لا كفارة في شبه العمد على قول ابي حنيفة فان الاثم فيه كامل متناه وتناهيه
يمنع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف والصحيح هو الاول فقد ذكر الطحاوي
والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه قوله ان
كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة وقد
تشكل بما سياتيك في المعاقل ان الواجب في الخطاء هو المثل لان ضمان
المتلفات يكون بالمثل بالنص ومثل النفس هو النفس الا انه اذا رفع الى القاضي
وتحقق العجز عن استيفاء المثل لما فيه من العقوبة والخاطي معذور يتحول الحق
بقضائه الى المال ولهذا يجب الدية في ثلث سنين من وقت القضاء
لا من وقت القتل وسياتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى فظهر ان الدية ليست
بواجبة في الخطاء ابتداء بل الواجب ابتداء هو المثل والمال يجب بالقضاء لا بنفس

وجوابه

وجوابه ان الواجب في الخطاء ابتداء ان كان هو المثل ولكن لا لذاته بل المترتب
عليه الخلف وهو المال فيجوز ان يقال المال هو الواجب ابتداء نظرا الى المقصود
بايجاب المثل هو المال ثم هذا التعميم ينتقض بما اذا دخل رجلان دار الحرب
بامان فقتل احدهما صاحبه خطأ لان الدية فيه تجب في مال القاتل لا على العاقلة
مع انه مال يجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث بعد وجوابه ان الدية انما تجب
على العاقلة اذا كانت ثمة عاقلة لتعذر الوجوب على العاقلة حيث لا عاقلة ولا
عاقلة للذي دخل دار الحرب والمرتد لان التعاقل باعتبار التناصر ولا ينصر
احد لمن دخل دار الحرب لتعذر النصرة بتباين الدارين فكانه لا عاقلة له وكذا
المرتد لا ينصره احد فلم يكن له عاقلة فيجب الدية في ماله بالضرورة قوله ومالك
وان انكر شبه العمد فانه قال القتل نوعان عمد محض وخطاء محض ولا ادري
خطاء العمد ولا شبه العمد كذا في الشاهان وذكر في المبسوط ان الاب
اذا ذبح ابنه يقتص عند مالك رح واما اذا رمى الاب ولده بالسيف او السكين
فقتل فلا قصاص عنده ايضا والفرق له بين الذبح وغيره هو ان القود يجب
بشبه الخطاء وفي الرمي يتمكن شبه الخطاء فالظاهر انه قصد تاديبه لا قتله
لان شفقة الاب يمنعه عن ذلك بخلاف الاجنبي فليس بينهما هناك
ما يدل على الشفقة فجعلنا الرمي من الاجنبي عمدا محضا اما اذا ذبحه فليس
هناك شبه الخطاء بوجه فيحمل على قصد القتل وان كان صوابا فبهذا يعلم
ان مالكا لا ينكر خطاء العمد والا لا يصح هذا الفرق والتعليل من قبله
والله اعلم بالصواب قوله وهذه كفارة ذنب القتل ولا يقال وضع
اثم القتل في الخطاء ومع هذا يجب الكفارة ويحرم الارث لانا نقول
اثم ذنب القتل موضوع اما الذنب فثابت والكفارة وحرمان الارث
اثر الذنب اما هاهنا فذنب القتل غير متحقق كذا في الشاهان قلت الظاهر
انه اراد بالذنب في قوله وهذه كفارة ذنب هو الاثم لانه خرج مقدمة
للدليل على عدم وجوب الكفارة وحرمان الارث في القتل بسبب وانما يصلح
مقدمة للدليل لو جعل الذنب بمعنى الاثم اي هذه الكفارة اثم القتل ولا اثم
القتل هنا فلا يجب هذه الكفارة اما لو جعل الذنب بمعنى المعصية
كما هو مقصود هذا القائل يكون احتياطا ولا يرتبط بقوله وان كان يأثم
بالحفر لا يأثم بالموت على ما لا يخفى وان سلم ان المراد بالذنب هو المعصية
فالكفارة انما تجب لستر الذنب بمعنى رفع موجبه وهو الاثم اذ رفع المعصية
نفسها بعد وقوعها غير ممكن فاذا كان الاثم مرفوعا بالخطاء كيف يجب
الكفارة فيه لرفعه وهذه كفارة ذنب القتل بمعنى ستره ورفع موجبه فالحق

ان يقال ان القتل من الرامي هو الرمي اذ لا صنع منه سواه فالرمي
من حيث انه رمي الى صيد مباح لا اثم فيه ومن حيث انه افضى الى القتل
بتقصير من الرامي في التثبت حرام يأثم به الرامي فهناك الاثم موجود
في فعل الرمي الذي هو القتل فيجب الكفارة لستره واما قول المصنف فيما
تقدم قالوا المراد اثم القتل فمعناه اثم الرمي من حيث هو رمي الى صيد
اما باعتبار انه افضى الى الموت بترك التثبت فلا يعرى عن اثم وهذه
الكفارة اثم فعل القتل فيترتب عليه واما الحفر فلا يصير قتلا اصلا
حتى يتحقق اثم فعل هو قتل فيترتب عليه الكفارة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص **قوله** محقون الدم
على التأبيد **فان قلت** ان كان المراد ان يكون محقون الدم من المهد الى اللحد
ففساده ظاهر لانه يجب القصاص بقتل من اسلم بعد ما كان كافرا
حربيا وان كان المراد ان يكون محقونا من حين صار معصوما الى اخر
المجموع فذلك غير معلوم لانا لا نعلم ان المقتول لو عاش لكان محقونا
الى الموت **اجيب** بان المراد ان يكون محقون الدم على التأبيد ظاهرا
كالمسلم والذمي اذ الظاهر بقاؤهما على العصمة الى الموت اذ اعتراض
الردة او نقض العهد خلاف الظاهر بخلاف المستأمن لانه على صدد
الرجوع الى دار الحرب حتى لا يمكن من الاقامة في دار الاسلام سنة
قوله ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد **فان قلت**
كما قابل الحر بالحر قابل الانثى بالانثى ومع هذا يقتل الانثى بالذكر
قلت قصاص الانثى بالذكر ثبت بقوله الحر بالحر لانه يتناول الذكور
والاناث تبعا وانما افرد بالذكر بيانا للحكم فيهما قصدا لنزوله لتبادر
في حكم يندرئ بالشبهات كذا في الشاهان **قلت** كما ان قصاص الانثى بالذكر
ثبت بعموم قوله تعالى الحر بالحر وخص الانثى بالذكر بيانا للحكم فيهما قصدا
كذلك قصاص الحر بالعبد ثبت بعموم قوله كتب عليكم القصاص في القتلى
وخص العبد بالذكر لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان قبيلتين
من العرب اقتتلتا وكانت احديهما يدعي الفضل لنفسها على الاخرى
فقالت لا نرضى الا بان يقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد
منا فانزل الله تعالى هذه الاية زجرا لهم عما ارادوا من قتل غير القاتل
بالمقتول وايضا قوله الانثى بالانثى دليل على وجوب القصاص على الحرة
بقتل الامة واذا ثبت ذلك في الامة ثبت في العبد لعدم القائل بالفصل
وايضا كما ان عموم قوله الحر بالحر يقتضي قصاص الانثى بالذكر يقتضي

قصاص الذكر بالانثى والشافعي لا يقول به على ما هو المذكور في الكشاف
فعلم انه لا يتمسك بهذا العموم **قوله** والنص مخصص بالذكر فلا يبقى
ماعداه ذكر في الحاشية هذا جواب عن تمسك الشافعي **قلت**
الشافعي لا يستدل بهذا النص بطريق التخصيص حتى يكون هذا جوابا
له كيف والتخصيص باسم العلم اي غير الوصف لا يدل على نفي ما عداه عنده
بل يستدل بطريق اخر وهو انه يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار
في حكم القصاص فمن قال بقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا
بجنس الاحرار بل يكون بعضهم مقابلا بالعبد وقال بعضهم الاية لا تدل
على ان لا يقتل الحر بالعبد والذكر بالانثى كما لا تدل على عكسه فان المفهوم
انما يعتبر حيث لم يظهر غرض سوى اختصاص الحكم وقد تبين الغرض
من بيان الواقعة في الجاهلية وانما منع مالك والشافعي قتل الحر
بالعبد سواء كان عبده او عبد غيره لما روي عن علي رضي الله عنه ان
رجلا قتل عبده فجلده رسول الله صلى الله عليه وسلم ونفاه سنة
ولم يقتله به ولان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يقتلان الحر
بالعبد بين اظهر الصحابة من غير نكير **قوله** والمسلم بالذمي خلافا
للشافعي فيما اذا كان القاتل مسلما وقت الجناية اما اذا كان القاتل
ذميا وقت الجناية ثم اسلم فعليه القصاص اتفاقا وقد احتج بقوله تعالى
لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة واذا انتفت المساواة لا يجب
القصاص المنبئ عن المساواة لغة وشرعا وقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين
على المؤمنين سبيلا اي لن يشرع لهم ذلك فانا نرى لهم سبيلا بالغلبة
والقتل قصاصا مشروع وانه اعظم سبيل فلا يثبت لهم علينا **واجيب**
عن الاية الاولى بانه لا يمكن اجراؤه على العموم لقيام المماثلة بينهما من وجوه
كثيرة فيحمل على المعنى الخاص الذي يدل عليه سوق الكلام وهو عدم
المساواة في الفوز والنجاة بدليل قوله اصحاب الجنة هم الفائزون وعن الثانية
ان المراد منه في حكم القيمة بدليل قوله تعالى فالله يحكم بينكم يوم القيمة كذا
في الشرح **قلت** قد تمسك المصنف على عدم ولاية الكافر على المسلم في باب
الاولياء والاكفاء بقوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا وذا اشارة الى ان المراد منه نفي السبيل في حكم الدنيا **قوله**
والمراد به ما روي الحربي **فان قلت** كيف يشكل الامر في الحربي الذي لا امان
له وقتله فرض **قلنا** المسلم اذا دخل دارهم بامان فقتل كافرا حربيا لا يقتل
به وانه حرام قتله كذا في الشرح نقلا عن الاسرار فالمراد بالحربي الحربي

الذي حرم قتله اما بكونه مستأمنا فينا او كون المسلم مستأمنا فيهم
قوله لسافة ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة وتشريحه ان
قوله ولا ذو عهد معطوف على قوله مسلم فيكون المراد غير المسلم اذ العطف
يقتضي المغايرة فيكون التقدير بحكم العطف الموجب للمشاركة ولا يقتل
ذو عهد والمنفي في الصدر هو القتل بالكافر قصاصا لا مطلق القتل
فكان هو المنفي عن المعطوف ايضا اي لا يقتل ذو عهد في عهده بكافر
والمراد بالكافر هو الحربي اذ الذمي يقتل بالذمي اجماعا ولقائل ان يقول
لو كان المراد به الحربي لضاع قوله في عهده لان الذمي لا يقتل بالحربي بعد نقض
العهد ايضا اذ لا قصاص بين الحربيين وكذا بين المستأمنين فالاولى
ان يجعل قوله ولا ذو عهد بمعنى لا يقتل ذو عهد في مدة عهده ابتداء فيفيد
مطلق القتل في المعطوف وليس هذا بابعد مما قال بعض الادباء
في قوله تعالى وامسحوا برؤسكم وارجلكم ان قوله وارجلكم بقراءتي النصب
والجر معطوف على رؤسكم الا ان المراد بالمسح المقدر الذي يدل
عليه الواو هو الغسل بقرينة قوله الى الكعبين اذ المسح لم يضرب له غاية
في الشرع فالمقدر في حق المعطوف عليه المسح بمعنى الاسالة وفي المعطوف
المسح بمعنى الغسل فاذا صح مثل هذا لا يبعد ان يكون المقدر على المعطوف
اخص من المذكور في المعطوف عليه وبالعكس قوله ولا يقتل الذمي
بالمستأمن لما بينا وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده ذكر
في الاسرار قال الشافعي رح يقتل الذمي بالمستأمن للعمومات الموجبة للقصاص
الا انا نحتج بما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقتل مسلم بكافر ولا
ذو عهد في عهده ويريد بذلك الكافر المستأمن اي لا يقتل المسلم بالمستأمن
ولا الذمي ولا يجوز ان يحمل على الكافر الحربي لان قتله واجب فلا يشكل
هذا كله مما كان في الشرح وفيه نظر لان الحربي قد يحرم قتله بان دخل
المسلم دار الحرب بامان لا يحل له قتله ومع ذلك لو قتل حربيا لا يقتل به
فيجوز ان يحمل على مطلق الحربي كما ذكر الشارح فيما تقدم نقلا عن الاسرار
وهو الظاهر قوله ويقتل الرجل بالمرأة ذكر في الكشاف قال مالك
والشافعي رح لا يقتل الرجل بالانثى وهو مخالف لرواية عامة الكتب قوله
ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف لهذا الحديث معنيان احدهما
لا قود يستوفى الا بالسيف واليه مال المصنف رح والثاني لا قود يجب
الا بالضرب بالسيف واليه مال الامام فخر الاسلام رحمه الله وقد رجح
الاول بان القود اسم للقتل وهو قصاص دون ما يجب شرعا ولو حمل على

كان مجازا

كان مجازا او بان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة
وانما السيف مخصوص بالاستيفاء وترجيح الوجه الاول للترجيح
ان الواجب على الجاني انما هو تمكين الولي من الاستيفاء دون القود
نفسه هذا لو حمل الوجوب على المصطلح وكذا لو حمل على معنى الثبوت لان
الثابت للمجني عليه او الولي انما هو ولاية الاستيفاء دون القود نفسه
فلا جرم لو حمل على المعنى الثاني كان الكلام مجازا واما الوجه الثاني فليس
بقوي لامكان وجوب القود بالقتل بالنار والابرة دلالة ثم كثيرا ما
يوصف القود بالوجوب حتى صار متعارفا فجاز ان يحمل على المعنى الثاني
ايضا كيف وقد قيل ان فحوى الكلام يدل على المعنى الثاني قوله وان لم يعلم
الخ وقد يشكل الفرق بينه وبين ما اذا تزوج اختين في عقدين ولم
يدر الاول فرق بينه وبينهما ولهما نصف المهر اذا ادعت كل واحدة انها
الاولى ولا حجة لهما اما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين اول لا يقضى
لهما بشيء حتى يصطلحا على اخذ نصف المهر كذا في الكافي في كتاب النكاح
في فصل المحرمات ففي هذه المسئلة مع اشتباه مستحق نصف المهر يقضى لهما
عند الاصطلاح قوله اذ ظهر الاختلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم
في موته على نعت الحرية او الرق ويشكل بان العلماء اختلفوا فيمن قبلوا
الذمة قهرا قال بعضهم هم عبيد للمسلمين والاراضي مملوكة لهم وما
وضع عليهم كضريبة يضربها السيد على عبده وعندنا هم احرار واراضيهم
مملوكة لهم مع ان المسلم يقتل بمقابلة الذمي عندنا فلو كان للاختلاف
العلماء تأثير في امتناع القصاص لما اقتص المسلم بالذمي لان العلماء
اختلفوا في كونهم احرارا او عبيدا للمسلمين وهذا الاختلاف معتبر
فقد ذكر في الكافي ليس للامام ان يحول الخراج الموظف الى المقاسمة الا
برضاء اهله فان فعل جبرا وولي اخر يرى خلافه فان كانوا قبلوا الذمة
طوعا ابطل الثاني حكم الاول ولو انهم قبلوا الذمة قهرا قرره لانه مجتهد
فيه فبين العلماء اختلاف في ارض فتحت عنوة قال بعضهم هم عبيد المسلمين
وعندنا هم احرار واراضيهم مملوكة لهم فان كان الامر كما قال الاول ليس
للامام ان يزيد ويحول من وظيفة الى وظيفة فقضاء الاول صادف
موضع الاجتهاد فلا يكون لغيره ان يبطله هذا لفظه فعلم ان هذا الاختلاف
معتبر مع ذلك يجري القصاص بين المسلم والذمي في الطرفين مطلقا سواء
قبلوا الذمة طوعا او قهرا قوله وله ورثة احرار احترازا عما اذا كان
له ورثة غير احرار بان كان له ولد مولود في الكتابة او مشترى فانه ترك

الولد المولود في الكتابة كترك الوفاء وكذا المشتري فيه حيث يعتق في آخر
جزء من اجزاء حيوته باداء الولد المولود او المشتري فلا يكون للمولى
ان يقتص منه **قوله** لهم قوله عليه السلام اى للشافعي ولهما لكن للشافعي
الاستدلال بالحديث ولهما بالمعقول كذا في الشرح فعلى هذا يكون من باب
اللف والنشر ويحتمل ان يقال انهما احتجا بالحديث ايضا ردا لمذهب
ابي حنيفة رض لا اثباتا لمذهبهما وانهما حملا الحديث على معنى من غرق
جازيناه جزاء الغرق بقتل نفسه بالسيف ومن حرق جازيناه جزاءه
بقتله قصاصا توفيقا بين الحديث وبين ما روى انه قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا تعذبوا احدا بعذاب الله وفي رواية لا يعذب بالنار
الا ربها **قوله** اضافته الى نفسه حيث قال غرقناه ولو كان الغرق قصاصا
لكان استيفاؤه الى ولي المقتول لا الى الحكام **قوله** واختلاف الروايتين
بالرفع مبتداء وفي الكفارة خبره ولا يجوز نصبه عطفا على ضمير ذكرناه
لان اختلاف الروايتين غير مذكور في الكتاب اللهم الا اذا اريد
ذكره في غير هذا الكتاب اى ذكرناه واختلاف الروايتين في موضع
قوله فضربه اى ضرب الشاهر وانصرف فترك الضرب ثم قتله الآخر اى
المشهور عليه وذكر في الحاشية الظاهر ان الضمير في قتله يرجع الى الشاهر
اى قتل الشاهر غير المشهور عليه فعلى القاتل القصاص لانه عادت عصمة
الشاهر بالانصراف عن القتل هنا لفظها **قلت** وهذا المعنى يحكم لتقييد
بالانصراف عن الضرب يشعر بانه لو قتل الشاهر غير المشهور عليه قبل
انصرافه عن القتل لا يقتص القاتل ولكن الدليل دل على خلافه لانه
انما لا يقتص قاتل الشاهر باعتبار سقوط عصمته وعصمته انما يسقط
في حق المشهور عليه دون غيره لانه هو المحتاج الى دفع سبب الهلاك
عن نفسه لا غير فينبغي ان يقتص القاتل الا يرى ان من عليه القصاص
سقط عصمته في حق ولي القتل لا في حق غيره حتى يجب القصاص على غيره
بقتله والمسئلة مذكورة في الشرح والشافي قبيل باب القسامة

باب القصاص فيما دون النفس

قوله والمراد غير السن
اشعار بان السن عظم وهو مختار بعض الاطباء واليه وقعت الاشارة
النبوية حيث روى رافع بن خديج ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه
ليس السن والظفر اما السن فعظم واما الظفر فمدى الحبشة وانكر بعضهم
كونه عظما لانه يحدث بعد تمام الخلقة **فان قلت** قد ذكر المصنف رح
فيما بعد ما يشير الى انه عرق حيث قال في الديات ولو قلع سن غيره

وردها

وردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القاتل الارش بكماله لان
هذا مما لا يعتد اذ العروق لا تعود **قلت** هذا وهم وسنبينه في الديات
ان شاء الله تعالى نعم روى عن محمد رح ان السن المقلوع لو كان اكثر قدر
الدرهم يمنع الصلوة وانه يشير الى ان السن عرق لا عظم اذ لو كان عظما
لما كان مانعا من الصلوة ولكن من قال انه عرق اراد انه عصب كما صرح به
في بعض المواضع انه ظرف عصب يابس والرواية منصوصة بان العصب
كالعظم في الطهارة وعدم حلول الموت فيه فلا بد لما روى عن محمد هو
انه اذا زاد على قدر الدرهم يمنع الصلوة على كونه عرقا بل هذه الرواية عن محمد
بناء على ما جاءت من اصحابنا ان العظم المقطوع نجس كما مر التصريح به
في الكافي في كتاب الصلوة **قوله** ولنا ان الاطراف تسلك بها مسلك
الاموال وقد يقال لو كانت الاطراف كالاموال عند علمائنا لثبت استحقاقها
قصاصا مع الشبهة كالاموال وهي لا تثبت معها عند ابي يوسف ومحمد
حتى لو ادعى قصاصا في الطرف فانكره المدعى عليه وحلف فنكل لا يقتص
عندهما بالنكول لما ان النكول اقرار فيه شبهة **قوله** والمقطوع بالخيار
فان قلت الخيار مذهب الشافعي فاما عندنا فلا حق للمولى الا في القصاص
كما مر اجيب ان ذلك فيما اذا لم يتعذر القصاص بوجه اما ان تعين
الدية اذا كان التعذر من كل وجه استدلالا باية الخطاء ويتخير ان تعذر
من وجه لان جهة الامكان يوجب القصاص وجهة التعذر يوجب الدية
فله ان يميل الى اى الجهتين شاء **قوله** لان استيفاء الحق كملا متعذر فله
ان يتجوز بدون حقه **قلت** هذا يشكل بما اذا قطع اصبعا فشلت الاخرى
بجنبها او اليد كلها حيث لا خيار فيه بين قطع الاصبع واخذ الدية بل
الواجب هو الدية مع ان استيفاء الحق كملا يتعذر اذ لا يمكنه القطع
الساري الى شلل غيرها والتجوز بدون الحق ممكن كما في هذه المسئلة او قطع
مفصلا من مفاصل الاصبع مثل الباقي **قوله** ولانه حق للورثة يجري فيه
الاسقاط عفوا فكذا تعويضا **قلت** جاز ان يكون حق يجري فيه الاسقاط
بلا عوض ولا يصح الاعتياض عنه كحق الشفعة فكانه اراد انه حق ثابت
في المحل فلا يرد حق الشفعة كما مر انه حق التملك ولا حق له في المحل قبل التملك
بخلاف القصاص فانه حق في المحل لان من عليه القصاص يصير كالمملوك
لمن له القصاص على ما مر في الصلح **قوله** واصل هذا ان القصاص حق
جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وهذا اللفظ
كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق القصاص والدية جميعا عندهما ولكن ما ذكر

في المبسوط يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية لا غير اما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى رح في الزوجين لانه قال في المبسوط ولكل وارث في دم العمد نصيب يجوز فيه عفوه وصلحه اما الدية اذا وجبت بالقتل فلكل وارث فيها نصيب عندنا وقال مالك رح لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا ثم قال بعد هذا في المبسوط وكذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص كذا في الشرح **قلت** ولا ان قوله خلافا لمالك والشافعي متصل بقوله وكذا الدية لا بقوله ان القصاص حق جميع الورثة اي وكالقصاص الدية خلافا لمالك والشافعي فان عندهما لا يرث الزوج والزوجة شيئا من الدية فلا مخالفة وثانيا ان المذكور في المبسوط لا يدل على عدم خلاف مالك في القصاص لانه ليس في المبسوط ما يدل على عدم خلاف مالك في القصاص سوى انه لم يذكر خلافه فيه بل ذكر خلاف ابن ابي ليلى وعدم ذكر الشيء لا يدل على انعدامه **قوله** ولانه حق يجري فيه الارث ان كان الضمير المنصوب في لانه للقصاص كما هو الظاهر من سياق الكلام وسياقه لم يستقم قوله حق يجري فيه الارث لما عرف ان القصاص يثبت للوارث بطريق الخلافة دون الوراثة حتى لا ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وان كان للدية كما ذكر في الحاشية العلية لم يترتب عليه قوله حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن وكذا باباه قوله واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط صلحا وعفوا الخ يعرف بادنى تامل الا ان يقال يمكن ان يكون الضمير للقصاص ويراد بقوله حق يجري فيه الارث انه حق يثبت للوارث والقصاص ان لم يثبت بطريق الوراثة عند ابي حنيفة فهو يثبت للوارث البتة وان نجعل الضمير للدية كما في الحاشية فوجه قوله حتى ان من قتل الخ ان القصاص لما كان مما يثبت للورثة لزم منه ثبوت الدية لهم ايضا لانها تثبت خلفا عن القصاص فتثبت لكل من ثبت القصاص له والقصاص يثبت للوارث فكذا الدية والله اعلم **قوله** كان القصاص بين الصلبي وابن الابن **قلت** ذكر الشارح في باب خيار الشرط انه اذا مات ولي القصاص لا ينتقل حق القصاص الى وارثه بل ثبت ابتداء للتشفي الصدر لان التشفي امر يشمل الكل الا ان المورث لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب المتقدم فيخلفه من هو اقرب اليه بعلة كانت ثابتة للخلفية قبل موت المورث هذا كلامه وهو يشعر بان القصاص فيما اذا كان للمقتول ابنان فمات احدهما عن ابن الصلبي دون ابن الابن لتقدم الصلبي عليه

قوله

قوله فان حضر واحد قتل له وسقط حق الباقين **فان قلت** لما قتله الحاضر فقد اوفى بنفسه حقا مستحقا عليه فصارت النفس سالمة معنى فيجب ان يضمن للباقين المال كما اذا قطع يد غيره فاوفى بيده حقا مستحقا عليه من قصاص او سرقة حيث يضمن الدية للمقطوع يده لانه اوفى بيده حقا مستحقا عليه كما مر **اجيب** بان جعل النفس سالمة للنفس غير معتبر لان سلامة الشيء لنفسه وانه محال بخلاف الطرف فانه شيء سوى النفس فامكن ان يعتبر سالما للنفس اذا اوفى به حقا عليه وبالجملة انه بقتل القاتل لا يبقى من عليه الحق وبقطع يد القاطع يبقى من عليه الحق لكنه يتعذر استيفاء عين الحق منه فيضاف الى الخلف **قوله** في حيز الندرة **فان قلت** النادر اذا كان متناول النص يجب اعتباره كما عرف في الجنب الذي لا يجد ماء سخينا في المصر فانه يتيمم وان كان مثل هذه الحالة في المصر نادرا لدخوله تحت قوله تعالى فان لم تجدوا ماء فتيمموا وهذا النادر ايضا داخل تحت النص وهو قوله تعالى والجروح قصاص **اجيب** بالمنع فان القصاص في الجروح مشروط بشرط المساواة كما ينبئ عنه قوله قصاص اذ هو لغة المساواة ولا مساواة هنا لما مر في التعليل الاول **قوله** كالغريمين **قلت** نعم كالغريمين ولكن كالغريمين الذين تعلق حق احدهما في الصحة وتعلق حق الاخر في المرض وهناك يقدم غريم الصحة في استيفاء حقه وكذا هنا وليس ما نحن فيه كالغريمين تعلق حقهما معا اذا كان القطع على التعاقب وجوابه يأتيك **قوله** والقصاص ملك الفعل اي ملك الفعل ثبت مع المنافي لان من عليه القصاص حر كذا في الشرح **قلت** الحرية لا تنافي ملك الفعل وانما تنافي ملك المحل والاولى ان يفسر المنافاة بان المقتول ميت باجله فصار كانه مات حتف انفه وان النبي عليه السلام قال الادمي بنيان الرب ملعون من هدمه وكان الشارح اراد بقوله والقصاص ملك الفعل انه ملك المحل في حق الفعل كما صرح به المصنف في كتاب الصلح فلذا فسر المنافاة بما ترى واما المحل فخلو عنه اي عن الملك يعني ان القصاص ملك الفعل والاطلاق في الفعل لا يقتضي حقا في المحل كما في الاصطياد فان الفعل مملوك والمحل خلو عن الملك ولهذا لا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص كذا في الشاهان وقد يتوهم ان ما ذكره المصنف هنا من ان المحل خلو عنه يخالف ما ذكر في الصلح حيث قال اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فصح الاعتياض عنه ثم لو صح المذكور في الصلح يشكل بثبوت حق القصاص لكل واحد من الرجلين فيما نحن فيه لان الملك لو ظهر

فى المحل الواحد استحال ان يظهر فى المحل لاخر الا ان يقال بان المحل
ماصار مملوكا على الاطلاق بل فى حق الفعل الذى يقيمه فقط كما يشعر به
قوله فى حق الفعل وظهور الملك فى حق الفعل لا ينفى ظهوره فى حق فعل
اخر ولو صح المذكور هنا يشكل الفرق بين حق القصاص وحق الشفعة
فى جواز الصلح وعدمه لان القصاص اذا كان ملك الفعل فقط كان
كحق الشفعة فينبغى ان لا يجوز الصلح منه كما لا يجوز عن حق الشفعة
او يجوز عن حق الشفعة ايضا كما يجوز عن حق القصاص وقد يوفق بان
ما ذكره هنا من ان القصاص ملك الفعل والمحل خلو عنه ففيه نوع
تسامح بناء على ان ملك الفعل فى المحل لما ان يكن ظاهرا فى حق غير
الاستيفاء وهو فعل القتل صار كان القصاص هو ملك الفعل
دون المحل والمحل كانه خلو عنه فصــــل وان كان قطع يده
عمدا ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه
وان شاء قال اقتلوه قال شمس الائمة رح اشار هنا الى ان الخيار
يعين ايهما شاء قال وليس كذلك بل الخيار الى الولى لان القصاص
حقه وانما الخيار للامام فى فصل قطاع الطريق اذا قتلوه واخذوا
المال كذا فى الشرح وفى الشاهان الولى بالخيار بين القتل والقطع
ثم القتل الا ان للامام ان يقطع هذا الاختيار ويأمره بالقتل وترك
الاشتغال بمراعاة الصورة فانه مجتهد فيه فكان له ان يجتهد واذا امره
بذلك لزم الولى الاتباع واذا قال له اقطعه ثم اقتله كان الولى بالخيار
فكان معنى قوله ان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتله وان شاء قال اقتله
ان الامام مخير بين ان يقطع على الولى بان يأمره بالقتل وبين ان لا يقطع
عليه بان يأمره بالقطع والقتل فاذا امره بذلك كان مخيرا ثم لفظه وفيه
نظر لان خيار الامام بين ان يأمره بالقتل او بالقطع ثم القتل لا يختص
بمذهب ابى حنيفة رح لان هذا الخيار انما يثبت له باعتبار انه مجتهد فيه
فيعين ايهما شاء وفى المجتهدات للامام الخيار بالاتفاق فلا يصح تخصيصه
بمذهب ابى حنيفة رض وقد خصه بمذهبه حيث قال وهذا عند ابى حنيفة
وقالا يقتل ولا يقطع اللهم اذا جعل قوله وهذا اشارة الى جواز القطع
والقتل لا الى خيار الامام قوله ولنا ان الجمع متعذر اما للاختلاف
بين الفعلين هذين اذ الطرف يسلك مسلك الاموال بخلاف النفس
فصار كانه اهلك ماله واتلف نفسا ولا جمع بين اهلاك المال
واتلاف النفس بالاجماع فكذا هذا وفسر الاختلاف ايضا بان

احدهما

احدهما قطع وهو ابانة عن الجملة والثانى قتل وهو ازهاق الروح وفيه
نظر لان هذا النوع من الاختلاف متحقق فيما اذا كانا خطائين
لم يتخلل بينهما برؤ مع انه يجمع هناك بالاتفاق حتى تجب دية واحدة فلو
كان هنا كاتلاف مال واهلاك نفس لاخذ بالجنايتين كما لو اتلف مالا
واهلك نفسا قوله لان الموجب القود الخ بدل من قوله للاختلاف
بين الفعلين لا دليل على الاختلاف يعرف بالتأمل قوله وهو متعذر
اى المساواة بتقدير الجمع متعذر فصار كتخلل البرء فان قلت لو كان
كذلك لا يكون للامام خيار بل يأمر بالقطع والقتل كما اذا تخلل البرء
قلت المسئلة مجتهد فيها والقاضى يحكم بما وافق رأيه فان قلت
قد ظهر بهذا التعليل ان حق الولى فى القطع فما وجه تخييره بين ان يقتل
وان يقطع ثم يقتل قلت وجهه انه لما كان حقه فى القطع والقتل
جميعا كان له ان يتجوز بدون حقه فيقتل وان يستوفى حقه كملا فيقطع
ويقتل فان قلت يشكل هذا التعليل بما اذا قطع يده خطاء ثم قتله
خطاء قبل ان برأ يده فان هناك يجمع بين الفعلين حتى يجب عليه دية
واحدة فلو كان الحز كتخلل البرء لكونه قاطعا للسراية لكان ينبغى ان يؤخذ
بالامرين هناك ايضا كما اذا تخلل البرء فاعتبار الحز بمنزلة تخلل البرء
فيما اذا تجانس الفعلان عمدا دون ما اذا تجانسا خطاء مما لا وجه له
قلت بل له وجه وهو الذى اشار اليه المصنف رح فيما بعد بقوله
ولان ارش اليد يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع
للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء فى حالة واحدة وهى حالة حز الرقبة
يعنى ان دية اليد لو وجبت لا تجب الا عند الحز لانه وقت استحكام
اثر الفعل ولا سبيل اليه لان بالحز تجب ضمان الكل فلو وجبت دية
اليد فى هذه الحالة لكان الوجوب فى حق دية اليد مكررا وانه غير مشروع
اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان وهذا لان العمد ينبئ عن التغليظ
ولهذا يقطع العشرة بالواحد وفى مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ
ايضا فيجوز اعتبار ذلك بخلاف الخطاء فانه مبنى على التخفيف الا يرى ان الدية
لا يتعدد بتعدد القاتلين ثم فى العمد المقصود هو الانتقام وفى التمكين
من القطع ثم القتل زيادة تحقيق فى هذا المقصود وكما ان القتل بعد
القطع يكون اتماما للفعل الاول من وجه فقد يكون قطعا لموجب الفعل
بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا تصور السراية بعد فوات المحل فللاحتمال
اثبتنا الخيار للولى تغليظا لحكم العمد ولا يعتبر ذلك فى الخطاء لانه مبنى على التخفيف

كذا في الشرح نقلا عن المبسوط وبهذا ظهر الفرق بين العمد والخطاء
بوجهين احدهما وهو المشار اليه في الكتاب ان الحز وان كان بمنزلة
تخلل البرء الموجب لاعتبار كلا الفعلين لكن اعتبارهما في الخطاء يؤدى
الى تكرار ضمان اليد باعتبار وجوب ضمان الكل والجزء في حالة واحدة
وهو غير مشروع وثانيهما وهو المشار اليه في المبسوط ان القتل كما
هو قاطع للسراية من وجه كذلك هو متمم للفعل الاول من وجه فاعتبر
في العمد جهة كونه قاطعا لان مبناه على التغليظ وفي الخطاء جهة كونه
متمما للاول لان مبناه على التحقيق ويشكل على الوجه الاول ان الارش
وان كان يجب عند استحكام اثر الفعل بالحز فلا يخفى ان وجوبه يستند
الى وقت القطع ويظهر عند الحز انه كان واجبا في ذلك الوقت وهذا
لان القطع متردد بين ان يسرى فيجب دية النفس وان لا يسرى فيجب
دية اليد فلما انقطع السراية بالحز ظهر انه كان موجبا لارش اليد
من وقت وجوده اذ الدية يستند وجوبها الى وقت الجرح فلا يجتمع ضمان
الجزء والكل في حالة واحدة لان ضمان الكل يقتصر ثبوته على زمان الحز
وضمان اليد يظهر مستندا ظهوره الى وقت القطع فلا اجتماع وايضا
قد ذكر في المعاقل تعليلا لوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين
من وقت القضاء ان الواجب الاصلي في الخطاء هو المثل لان ضمان
المتلفات بالمثل الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفائه
بالمثل لما فيه من معنى العقوبة والخاطي معذور يتحول الحق بقضائه الى المال
فيعتبر ابتداؤه من وقت القضاء كما في ولد المغرور فيعتبر مدة ثلث
سنين من وقت القضاء فاذا كان كذلك يشكل على الوجه الاول ما اذا
قطع يده خطاء فبرأت ثم قتله خطاء ثم رفع الامر الى القاضي فحكم بدية
اليد والنفس فان هناك تجب دية الكل والجزء مع ان وجوبهما في حالة
واحدة وهي حالة القضاء وايضا الوجوب انما يتكرر في حق دية اليد
على اعتبار الفعلين جميعا ان لو كانت لليد حصة من دية النفس وقد تقرر
ان الاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا يقابلها شيء من العوض
والجواب اما عن الاول فلان الثابت بالاستناد مقتصر من وجه فلا
من شبهة الاجتماع واجتماع ضمان الكل والجزء في حالة واحدة غير مشروع
فيلحق شبهة به واما عن الثاني فلانه ليس المراد بالتحول من المثل الى المال
ان الدية لا تجب الا بالقضاء واشكال الامر في بعض المسائل بل اراد
به التقرر اي انما يتقرر حقه في المال وينقطع عن المثل بالقضاء اما نفس الوجوب

فثابت

فثابت قبل القضاء فلا يجتمع ضمان الكل والجزء في حالة بل ضمان الجزء يجب
عند البرء قبل القتل وضمان الكل يجب بعده بالقتل **فان قلت** اذا كان
تقررهما في حالة القضاء لزم شبهة الاجتماع **واجيب** بان الضمان لو كان
واجبا بالقضاء لكان فيه شبهة الاجتماع لا حقيقية من حيث ان ضمان
القطع مستند الى وقته فاذا كان اصل الوجوب عند البرء قبل القضاء
وكان تقرره بالقضاء بموجب القطع والقتل كان فيه شبهة الشبهة
وهو غير معتبر واما عن الثالث فلما عرف ان الاوصاف مضمونة بضمان
الفعل ان كانت لا تضمن بضمان العقد لان الفعل يحل الذات بجميع اجزائه
وضمان القتل ضمان فعل فيقابل بالذات والاوصاف جميعا كضمان
الغصب **فان قلت** الفعل انما يحل الذات والاوصاف اذا كانت الاوصاف
قايمة عند الفعل اما اذا كانت هالكة عنده فالفعل يحل الذات فحسب فيكون
الضمان بمقابلة الذات لا غير فلو وجب ضمان الجزء باعتبار اتلافه قبل
اتلاف الذات ووجب ضمان الذات ايضا لم يتكرر ضمان الجزء والمانع هو
التكرار **اجيب** بان اثر اتلاف الجزء لما استحكم عند اتلاف الذات صار
كان اتلاف الجزء وجد عند اتلاف الذات كانهما اتلفا معا وهناك يؤخذ
بضمان الذات فقط فكذا هنا ثم قد يشكل على ما ذكر من ان الحز بمنزلة
تخلل البرء ما اذا قطع ولي المقتول يد القاتل ثم حز رقبته قبل البرء
فان القاطع لا يضمن اليد بخلاف ما اذا حز رقبته بعد البرء فان القاطع
يضمن دية اليد في الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح فلو كان الحز بتخلل البرء
لكان الجواب في الفصلين واحدا في الصحيح وجوابه سيأتيك ان شاء الله
تعالى **قوله** ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع الى آخره وحاصله
ان العفو عن القطع هل يكون عفوا عن السراية فعنده لا وعندهما نعم
ويرد عليه ما اذا قطع يد رجل فصالح القاطع المقطوع يده على عبد
ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية فلما كان
الصلح عن القطع صلحا عن الجناية ينبغي ان يكون العفو عنه ايضا عفوا
عن الجناية وجوابه سيأتيك في الكتاب في باب جناية المملوك
قوله لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارية للقود **فان قلت**
اذا قطع يد رجل فصولح عن القطع على عبد ثم مات من القطع يرد العبد
الى مولاه ويقال للاولياء اقتلوه او عفوا عنه فالصلح عن القطع لا يورث
شبهة في سقوط القصاص اذا سرى فيجب ان يكون العفو كذلك **قلت**
وجه الفرق سيأتيك في باب جناية المملوك وهو ان العفو عن كيد صح ظاهراً

لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فصح العفو ظاهرا فبعد ذلك
وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فيكفي لمنع وجوب القصاص اما الصلح
فلا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية
لم يمنع العقوبة هذا لفظ الكتاب ولكنه يشكل بما اذا قطعت امرأة
يد رجل عمدا فتزوجها على اليد ثم مات من ذلك حيث يجب الدية عليها
ويسقط القصاص لان التزوج على اليد يتضمن العفو عن القصاص
في الطرف وهو مورث شبهة العفو عن القصاص في النفس فيسقط
الى هذا اشار المصنف رح فيما بعد فاعتبار التزوج مسقطا للجناية
والصلح مقررا لها مع ان الصلح عن العمد معتبر بالنكاح على ما مر في كتاب
الصلح مما يعرف له جهة حسن ولان اهدار القصاص لما كان متضمنا للعفو
مع كونه باطلا لعدم كون القصاص مالا فلان يتضمن الصلح عن اليد
العفو وهو صحيح ظاهرا اولى والجواب ان العفو في الصلح يثبت ضمنا
لا صورة وبعد بطلان الصلح يبطل ما في ضمنه فلا يبقى العفو لا صورة
لان صورته لم تكن متحققة ولا معنى لبطلان ما ثبت معناه في ضمنه
بخلاف ما اذا وجد العفو صورة ومعنى حيث يبقى صورته بعد بطلانه
معنى وبخلاف النكاح على اليد لان العفو فيه ثبت في ضمن النكاح وذلك
لا يبطل بالسراية فلا يبطل ما في ضمنه ايضا فلا اقل من شبهة العفو انتهى
قوله صورة العفو تقريره انهما قالا ان العفو من القطع عفو عن القطع
واستدلا عليه ودليلهما ان لم يبق معمولا بناء على الدليل الذي قاله
ابو حنيفة رح لكن صورة العفو ثبت بما قالا وانها تورث الشبهة هكذا قيل
قلت الشبهة الكائنة بدليل الخصم وكون المسألة مجتهدا فيها لا يوجب
سقوط القصاص الا يرى ان القصاص يجب بالقتل بالمثقل عندهما مع ان
ابا حنيفة لا يقول به ودليله يورث الشبهة وقتل المسلم بالذمي جائز
عندنا مع ان الشافعي لا يقول به وذلك لان الشبهة في المجتهدات شبهة
في الدليل الموجب لشرعية القصاص والشبهة فيه لا تنافي اثبات الشرعية
به اذ القطعية في الدليل المثبت لشرعيته ليست بشرط حتى يصح اثباتها باخبار
الاحاد وبالاية الماولة بل الشبهة الدارئة له هي الشبهة في الحجة المثبتة
للقصاص لولي المقتول كالشهادة على الشهادة او شهادة النساء اه
قوله لان الموجب القود ولم يتعلق به حق الورثة اي قبل الموت وذلك
ان قبل الموت يثبت بالنص بخلاف القياس ولم يثبت ذلك الا في المال
والقصاص يثبت حق الورثة قيل انما يثبت حقهم بعد الموت خلفا او وراثة على اختلاف فيه

قوله واذا قطعت

قوله واذا قطعت يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها بالموت
في وجوب مهر المثل لانه لو لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير
ارش ذلك وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا
او خطاء تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث منها او على الجناية
لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري
في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا كذا ذكره الامام
قاضيخان والمحبوبي كذا في الشرح **قوله** ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا
تزوجا عن القصاص في الطرف **فان قلت** القصاص لا يجري بين الرجل
والمرأة في الطرف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف
قلت الموجب الاصلي في العمد القصاص لاطلاق قوله والجروح قصاص
الا انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة
فكان القصاص ثابتا في الاصل كذا في الشرح **وفيه نظر** اما اولا فلما
سيأتيك في المعاقل ان الواجب في الخطاء ايضا هو المثل الا انه اذا رفع
الى القاضي تعذر استيفاء النفس بعذر الخطاء فيتحول الحق من النفس الى المال
فعلى هذا كان التزوج على القصاص في صورة الخطاء ايضا فلا يكون
لتخصيص العمدية وجه وكان ينبغي ان يجب مهر المثل فيما اذا تزوج على جناية
الخطاء ايضا لانه تزوج على القصاص من حيث ان الواجب الاصلي
في الخطاء هو المثل وامتناع استيفائه بعذر الخطاء كما ان الواجب
الاصلي في اطراف الرجل والمرأة هو استيفاء المثل وامتناع ذلك
بعارض التفاوت واما ثانيا فلان التزوج على اليد لو كان
تزوجا على القصاص لكان ينبغي ان يجب مهر المثل فيما اذا تزوج على اليد
ولم يمت من ذلك لانه تزوج على القصاص في الطرف اذ هو الواجب
في الاصل وانه ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل والمسألة بخلافه
لاجماعهم على ان مهرها في هذه الصورة هو ارش اليد لا غير والجواب
ان الواجب الاصلي في الخطاء ان كان هو المثل باعتبار انه الاصل
في ضمان العدوان ولكن لما لم يجب المثل فيه الا لوجوب الخلف وهو الدية
ولا يؤخذ فيه الا بالدية صارت الدية كانها الواجب الاصلي والمثل
كالحقيقة المهجورة فلا يصار اليه مع امكان اعتبار الدية كما لا يصار الى الحقيقة
المهجورة مع امكان المجاز فيكون التزوج على جناية الخطاء تزوجا على الدية
دون القصاص وانما اعتبر بالمثل في وجوب الدية على العاقلة من وقت
القضاء روما للتحقيق المطلوب في وجوب الدية عليهم فاما في اطراف الرجل

والمرأة فالدية وان صارت كالواجب الاصلي كما في الخطاء لكن باعتبار ان
الجناية عمد والعمد يوجب القصاص في الجملة ما صار القصاص هدرا
مثل اهداره في الخطاء فقلنا باعتبار الدية فيما يمكن اعتبارها كما اذا
لم يمت منها ترجيحا لها على القصاص لانها واجبة في محل الجناية والقصاص
واجب باعتبار انه عمد وانه يوجبه في الجملة فكان اعتبار الدية الواجبة
باعتبار هذا المحل راجحا على اعتبار القصاص الواجب في الجملة اما اذا لم يكن
اعتبار دية اليد بان مات منه فيظهر ان دية اليد لم تكن واجبة اعتبر
الواجب الاصلي وهو القصاص الواجب في العمد في ساير المواضع لخلوه
عن مزاحمة ما هو واجب باعتبار محل الجناية وهو الدية او نقول
ان الشيخ لما راى ان الجواب لا يختلف وان الواجب هو مهر المثل
سواء فرض التزوج على دية اليد نظرا الى انها الواجبة في اطراف الرجل
والمرأة او على القصاص نظرا الى انه الواجب في العمد والامتناع هنا
بعارض لان القصاص ليس بمال فلا يصلح مهرا وقد ظهرت بالموت
ان لا دية لليد هنا فصار كانه تزوج على ما في يده وليس فيها شيء تسامح
في الدليل ففرض التزوج على القصاص وان كان الراجح هو ان يصير
هذا تزوجا على الدية لانها الواجبة في اطراف الرجل والمرأة دون القصاص
الواجب في الجملة ونظرا الى الاصل حتى لو كان الجواب مختلفا وجب
اعتبار التزوج على الدية كما اذا لم يمت من اليد فان الواجب فيه على اعتبار
التزوج على القصاص مهر المثل وعلى الدية المسمى فاذا تعارضا لزم
اعتبار الراجح وهي الدية لانها واجبة باعتبار المحل والقصاص واجب
في الجملة **قوله** فلا يصلح مهرا **فان قلت** القصاص متقوم في حق من
عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يصح من جميع المال فيصلح مهرا
كالمنافع فانها غير متقومة في ذاتها ولكنها لما تقومت عند ورود
العقد عليها صلحت مهرا **قلت** القصاص ليس بمتقوم في حق من له
والمهر لابد وان يتقوم في حق الرجل قال الله تعالى ان تبتغوا باموالكم
بخلاف المنافع فانها تصير متقومة عند ورود العقد عليها على الاطلاق
فان قلت الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش
وارش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فيكون تزوجها على ذلك **قلت**
لا نسلم ذلك لانه يجوز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا فيجب
مهر المثل كذا في الشاهان **وفيه نظر** اما اولا فلان القصاص
لو لم يكن متقوما في حق من له لما جاز الصلح عن القود على القود لان بدل الصلح

لابد وان

لابد وان يكون متقوما صرح بذلك الشارح في كتاب الصلح والمسئلة
بخلافه فانه لو صالحه عن الدم على ان عفى الاخر عن القصاص له قبل رجل
اخر جاز الا ان يقال ان التقوم في حق من عليه يكفي لكونه بدل الصلح
والتقوم المطلق غير مشروط لذلك **فان قلت** الذمي لو صالح مع المسلم
على خمر او خنزير لم يجز مع انهما متقومان في حق الذمي **اجيب** بانه انما لم يصح
صلح الذمي مع المسلم بالخمر والخنزير لان الحاجة هناك الى التسليم والمسلم
ممنوع عن تسليمهما واما الصلح عن القود على القود فذلك اسقاط لا يحتاج
فيه الى التسليم فيصح باعتبار كونه متقوما في حق من عليه واما ثانيا فلما
عرف انها لو تزوجت على اليد ولم يمت من ذلك كان مهرها ارش اليد
لا غير بالاجماع وكذا لو تزوجت على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ثم مات من ذلك والقطع خطاء كان مهرها هو الدية لا غير فلو كانت
الجهالة التي ذكرها من ان الارش يحتمل ان يكون دراهم او دنانير معتبرة
لوجب مهر المثل في هذه الوجوه كلها لجهالة التسمية والمسئلة بخلافه
قوله وعليها الدية يقع المقاصة ان كانا على السواء وقد يشكل بان
المقاصة انما يقع بين الدينين اذا تجانسا حالا ومؤجلا وههنا قد اختلفا
فالمهر يجب حالا والدية يؤخذ في ثلث سنين وعن هذا قيل ان قوله
يقع المقاصة معناه اذا حلت الدين لا في الحال لتاجل الدية وحلول
مهر المثل **قوله** ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطاء
والمهر لها واختلاف من له ومن عليه يمنع المقاصة وبهذا ظهر ان الدية
تجب على العاقلة ابتداء وقال بعضهم تجب على القاتل ثم يتحمل عنه العاقلة
بطريق الحوالة وعلى هذا ينبغي ان لا يتقاصان ايضا لان العاقلة يتحملون
عنه الدية بطريق الحوالة وانها توجب براءة الاصل ولا تقاص مع براءة
ذمة عن الدية **قوله** وان كان خطاء يرفع عن العاقلة مهر مثلها الى اخره
الجناية ان كانت خطاء صحت التسمية لانه سمى المال وهو الدية غير ان
التسمية تصح لازمة في قدر مهر المثل لكون النكاح من الحوايج الاصلية
للمريض ويرفع ذلك القدر عن العاقلة اي يسقط عنهم وان استحقت
المرأة بالنكاح لانها ملكت بالنكاح عين الدية لان النكاح اذا اضيف
الى دين تعلق بعين الدين لا بمثله دينا في الذمة كالصلح المضاف
الى دين فصار عين الدين للقاتلة بسبب النكاح ملكا ومطالبة فتسقط
عن العاقلة لئلا يتحمل العاقلة الدية لها وهم يتحملون الدية عن الجاني لغيره
فلا يتحملون للجاني كذا في الشاهان **وفيه بحث** اما اولا فلان اضافة النكاح

الى الدية الواجبة على العاقلة اذا كانت توجب تعلق الدين بعينها لا
بمثلها دينا فى الذمة يلزم تمليك الدين من غير من عليه وهو باطل ولما تا
فلما ذكر فى الذخيرة فى الفصل الرابع عشر من النكاح ان النكاح اذا
اضيف الى دراهم عين لا يتعلق بعينها وانما يتعلق بمثلها دينا فى الذمة واذا
اضيف الى دراهم دين فى ذمة المرأة يتعلق بعينها ولا يتعلق بمثلها دينا
فى الذمة واما اذا كان على غير المرأة فالنكاح لا يتعلق بعين ذلك ولا
يتعلق بمثله بيان الاول لرجلين على امرأة الف درهم فتزوجها احدهما
على حصته لا يكون للساكت ان يتبع الزوج بمائتين وخمسين وبيان
الثانى تزوج امرأة على ارش له على عاقلتها وامرها بقبض ذلك فالمرأة
بالخيار ان شاءت اتبعت الزوج او العاقلة ولو تعلق النكاح بالدين المضاف
اليه لم يكن لها اتباع الزوج وذلك ان الدين اذا كان على غيرها لو
تعلق العقد بعينها ادى الى تمليك الدين من غير من عليه وهذا لا يتاتى
فيما اذا كان الدين عليها هذا كلامه والنكاح على الخطاء نكاح على دين
هو على غيرها فيجب ان لا يتعين الدين هنا واما ثالثا فلان اختلاف
الاسباب كاختلاف الاعيان فى الشرع ولا يخفى ان العاقلة
يتحملون عنها بسبب الجناية وهى ملكها بالنكاح فكانها ملكت شيئا
اخر فكان ينبغى ان لا يسقط عن العاقلة **والجواب** عن الاول
والثانى ان الاصل فى وجوب الدية هى القاتلة اذ العاقلة يتحملون
نيابة عنها فكانت الدية واجبة عليها حكما فلا يلزم فى اضافة النكاح
الى الدية تمليكها من غير من عليه ولا يكون ذلك اضافة الى دين على غيرها
بل يكون فى الحكم اضافة الى دين عليها وما ذكر فى الذخيرة ان التزوج
على ارش له على عاقلتها من قبيل التزوج على دين على غيرها فلا ينافى ما
ذكرنا اذ الكلام فى التزوج على ارش له على عاقلة المرأة الذين تحملوا
الارش عنها ولفظ الذخيرة يمكن حمله على ما اذا كان الارش الذى
تزوجها عليه على عاقلتها المتحملة لذلك الارش عن غيرها ولا بد وان تحمل
عليه لما ذكره فى المتن ان فى التزوج على ارش وجب على عاقلة المرأة
بجنايتها لا يصح رجوعها على العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان
يتحملون بها وبهذا يخرج الجواب عن الثالث لان المرأة اذا كانت
هى الاصل فى وجوب الدية صار كانه تزوجها بدين عليها ولو تزوجها
بدين عليها سقط الدين عنها ولم يكن لها الرجوع على احد كذا هنا
وهذا هو المراد بقوله لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم بما

اى العاقلة لما كانوا يتحملون الدية عنها كان رجوعها عليهم بتمليكها بالنكاح
كرجوعها على نفسها وهو محال هذا ولكن الارش لو اعتبر واجبا عليها
لزم ان يكون الوصية بالزيادة على مهر المثل من الارش للمرأة وهى قاتلة
والوصية للقاتل باطل وقد اعتبر المصنف رحمه الله الزيادة على مهر المثل
وصية على العاقلة حيث قال وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لانهم ليسوا بقتلة وبالجملة انه ان اعتبر الحكم لزم ان يكون الوصية
بالزيادة على مهر المثل للقاتلة لان الارش فى الحكم عليها وان اعتبرت
الحقيقة لزم ان لا يتعين الدية الواجبة على العاقلة مهرا باضافة
النكاح اليها ولا تملك المرأة اياها الا ان يقال تنفيذ الوصية
واجب ما امكن وقد امكن هنا بان يعتبر الدية على العاقلة لا عليها
فكانت من اهل الوصية **قوله** ليسوا بقتلة حقيقة وان كانوا قتلة
تقديرا بحكم التناصر على ما يجىء بيانه وحرمان الوصية جزاء القتل
مباشرة لا تسببا حتى لا يحرم عنها حافر البئر وواضع الحجر **قوله** وهى
تصلح مهرا وقد بينا قبل بان الدية انواع ثلثة الدراهم والدنانير
والابل وانما يتعين بالقضاء فقبله كانت مجهولة وايضا القطع يحتمل
الاقتصار والسراية فان اقتصر كان هذا تزوجا على دية اليد وان
سرى كان تزوجا على دية النفس فكان ما تزوج عليه مجهولا والجهالة
تفسد التسمية وتوجب المصير الى مهر المثل **وجوابه** ان جهالة المسمى
انما يبطل التسمية ويوجب المصير الى مهر المثل اذا لم يكن ماله الى العلم
اما اذا كان ماله الى العلم فالتسمية صحيحة ولهذا لو تزوجها على ما
فى بيت صح حيث يرتفع جهالته فى اخر الامر والدية ايضا يعلم قدرها
وجنسها فى اخر الامر وقيل هذه الجهالة لا تعتبر مفسدة للتسمية كما
فى النكاح على ما فى اليد لان مبناه على المساهلة بخلاف البيع **قوله**
وان كانت تخرج من الثلث فى الصحيح هذا الجواب صحيح على قول من
لا يجعل القاتلة احد العواقل وقيل يجب ان لا يصح لانه لا بد وان
يبطل الوصية فى قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل والصحيح ان يصح
الكل لغيرها كما اذا اوصى بثلث ماله لحى وميت يصح الوصية بكل الثلث
للحى وكان اسقاط كل الدية لازما وان ابطل الوصية فى حصتها فلا معنى
للابطال فصححنا هنا فى الابتداء قصرا للمسافة كذا فى الحاشية **وفيه**
نظر اما اولا فلان هذه الوصية ليست كالوصية لزيد وعمرو فاذا
عمرو ميت حتى يكون كل الوصية لمن جازت الوصية له وهم العاقلة

دون من بطلت الوصية له وهي القاتلة كما يكون كل المال لزيد في هذه
المسئلة باعتبار انه لما قال اوصيت لزيد صحت الوصية لزيد بالكل حتى
لو اقتصر عليه استحق الكل الا ان العطف يورث المزاحمة فيتغير من الكل
الى النصف ولكن ذلك اذا كان المعطوف مزاحما والميت لا يصلح له
فصار وجوده كعدمه كانه قال اوصيت لزيد وسكت بل هي كما لو اوصى
وقال المال بين زيد وعمرو فاذا عمرو ميت حيث لا يكون لزيد الا النصف
وكما لو اوصى لمواليه فاذا له مولى واحد حيث يستحق النصف دون الكل
لانه لما اوصى لاثنين معا بالكل فقد اوصى لكل واحد بالنصف
فلا يستحق الموجود الا ما اوصى له وههنا اوصى بالزيادة على مهر المثل
للقاتلة والعاقلة معا فيجب ان يبطل في حصة القاتلة ولا يصح
للعاقلة في حصتهم واما ثانيا فلان تمليك الدين لغير من عليه باطل
فلو كانت الزيادة كلها للعاقلة لزم تمليك ما على القاتلة للعاقلة
وانه باطل واما ثالثا فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل
موقوفة على اجازة الورثة فلا تكون كالوصية للميت وفي الحاشية
الاخرى **فان قيل** القاتلة واحدة من العاقلة وقد جوزت
الوصية بجميع الثلث قلنا ان المجروح لم يقل اوصيت بثلث الدية
وانما عفى عنه للحال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك
جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب شيئا وسلم جاز انما لا يجوز الوصية
من جهته هذا كلامه **قلت** الهبة المنجزة من المريض في حكم الوصية
لما سيأتيك انه اذا وهب المريض لامرأة ثم تزوجها ثم مات بطلت
الهبة وعلل المصنف رحمه الله في كتاب الوصية بان الهبة وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر
عند الموت الا يرى انه يبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين
تعتبر من الثلث وانه اشارة الى ان هبة المريض كالوصية وان
يبطل في حق من بطل الوصية له وانها للقاتل باطلة فكذا الهبة ولا يرد
ولفظ الكتاب هنا من قوله وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل
الوصية لما انهم ليسوا بقتلة يشير الى انهم لو كانوا قتلة لم يصح هذه
الوصية فلو كان القاتل في صحة الابراء كغيره لم يكن لبناء جواز هذه
الوصية التي هي ابراء عن الدية على كونهم ليسوا بقتلة معنى **قوله** فلم يكن
مبرئا بدون العلم وقد يشكل بان الابراء بدون العلم صحيح الا يرى
ان البائع لو شرط البراءة عن كل عيب صح ويدخل في البراءة ما علم البائع

اولم يعلم وما وقف عليه المشتري والم يقف وكذا العفو عن السراية
يجوز مع انه لا علم انه هل يسري ام لا فلو كان العلم شرطا لصحة البراءة
لما جاز وكذا لو ابرأ غريمه عن الدين ولم يعلم بانه غريمه ثم علم بذلك
سقط الدين وايضا قوله بدون العلم يشعر بانه لو كان عالما بان حقه
في القود لكان مبرئا وليس كذلك فان من كان له القصاص في النفس
اذا استوفى طرف من عليه القود لا يكون مبرئا عن النفس مع العلم
بان حقه في النفس **قوله** لانه استوفى حقه فلا يضمنه ويشكل عليه
مسئلة ذكرها في الزيادات وهي انه اذا قتل انسانا حتى وجب عليه
القصاص وقطع يد الآخر ايضا حتى وجب عليه القصاص في اليد ايضا
ثم ان ولي القتيل قطع يد القاطع سقط حق المقطوع يده في اليد ولا
ارش له على الجاني ولو كان لولي القتيل حق القطع لصار القاطع قاضيا
بيده حقا وجب عليه فيضمن الارش للمقطوع يده ولا يضمن وايضا
لو كان قطع اليد استيفاء لحقه لكان ينبغي ان لا يأثم مثله القصاص
في النفس لو قطع يده اولا ثم قتله ثانيا **وجوابه** ان مثله الحق في النفس
مثله الحق في الاطراف من وجه لا من كل وجه لانه يستحق تبعا للنفس
لا مقصودا فمن حيث انه حقه لا يجب عليه الضمان لو استوفاه ومن حيث
انه ليس بحق له يجب ولا يجب الضمان بالشك وكذا دار وجوب الضمان
على القاتل لمن قطع يده في مسئلة الزيادات بين الثبوت وعدمه
فلا يثبت بالشك ايضا واما الاثم فبناء على الحرمة وانها تجامع مع الشك
قوله وهذا قطع وابانة والقطع غير القتل **فان قلت** لو شهدا
على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا لصاحب اليد يده وانما
يضمنان ما اتلفا بشهادتهما فدل ان اليد متلف بشهادتهم وهم ما شهدوا
الا بالقتل فلو كان القطع غيره لما ضمنا **قلنا** الشاهدان انما يضمنان
اليد لانهما اوجبا له قتل النفس وذلك يبرأ القاطع عن ضمان القطع فيضمن
فيضمن بايجاب البراءة عليه بعد علة الضمان له كما لو شهدوا على آخر
بانه ابرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا ضمنوا ومثاله رجلان شهدا بالطلاق
قبل الدخول ثم رجعا بعد القضاء ضمنا نصف المهر كانهما اوجبا عليه
وما اوجبا فالوجوب كان بالعقد بل اسقطا النصف وجعلا كانهما
اوجبا لان هذه فرقة بعد الدخول وانها مبرئة عن المهر كله لولا ثبت
من قبل الزوج وهما بالاضافة اليه منعا علة البراءة عن العمل حتى لم تثبت
البراءة فصار كانهما اوجبا بعد البراءة كذا في الشرح **قوله** واذا قطع

ثم حز رقبته فهو استيفاء لان القطع انعقد محتملا للسراية فحز الرقبة
يكون متمما لما انعقد له القطع فيضاف الموت اليهما فصار قاتلا بفعلين
والقتل حقه فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء ينبغي ان يضمن كذا
في الشاهان وفيه نظر لانه يناقض ما مر في الكتاب من ان الحز
قبل البرء قاطع للسراية وانه بمنزلة تخلل البرء حتى لو قطع يد رجل
عمدا ثم قتله بحز رقبته عمدا يؤخذ بالامرين جميعا عند ابي حنيفة
فكان ينبغي ان يؤخذ ههنا بضمان اليد كما لو تخلل البرء الا ان يقال
هذا جواب لما قال ابو يوسف ومحمد رح على زعمهما لانهما يقولان
بان القتل بعد القطع متمم له وليس بقاطع للسراية فلا يكون بمنزلة تخلل
البرء عندهما فيصلح جوابا لهما او نقول ان القتل بعد القطع كما يكون
قاطعا للسراية بمنزلة البرء من حيث ان المحل يفوت به ولا يتصور
السراية بعد فوات المحل كذلك يكون متمما لفعل القطع من وجه اخر
على ما ذكر في المبسوط والبزدوي ولكن اعتبرها هنا جهة كونه متمما
لا جهة كونه قاطعا للسراية لان اعتبار كونه قاطعا لها غير ممكن
كما عرفت ان ضمان اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك
بالحز يظهر ملك من له القصاص في النفس مع جميع اجزائها ومن المحال
ان يجب ضمان الحز عند تملكه فلهذه الضرورة اعتبرنا جهة كونه استيفاء
ومتمما لا جهة كونه قاطعا قوله ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى
العادة وهو اي هذا الجرح مسمى القتل قوله ولا وجوب اذ هو
مندوب الى العفو فان قلت فما تقول فيما لا يصح العفو كما اذا قتل
قريب المعتوه او الصغير فانه لا يصح هناك عفو الاب والوصي قلت
ان كان لا يصح العفو فاستيفاء القصاص غير واجب على الاب لجواز
ان يصالح عن القصاص على مال فان قلت فما قولك اذا لم يرض القاتل
بالصلح على مال قلت جاز ان يرافع الامر الى قاض شافعي فيحكم على القاتل
بالدية من غير رضاه فيأخذ منه المال ولا يقتل وبالجملة فاستيفاء
القصاص غير واجب على من له القصاص في حال ما قوله فيكون من باب
الاطلاق فاشبه الاصطياد قلت نعم لكن الاطلاقات انما تتقيد
بوصف السلامة اذا امكن التقييد به ولم يكن فيه حرج اما اذا كان فلا
الا يرى ان من لبس رداء فسقط في الطريق على انسان فانه لا يضمن
وقد علله في الكتاب بان اللابس لا يقصد حفظ ما يلبس فيخرج بالتقييد
بوصف السلامة فلا يتقيد فلما لم يتقيد المباحات بوصف السلامة

اذا كان في التقييد به حرج مع امكان التقييد به فكيف يتقيد به اذا لم يمكن
التقييد وكان فيه حرج ايضا كما في مسئلتنا فان التقييد به ههنا غير ممكن
اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه وفيه حرج ايضا لما ان المقطوع يده
لا يتمكن من استيفاء حقه لو تقيد بوصف السلامة وفيه حرج وجوابه
سيأتيك ان شاء الله تعالى قوله انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل

باب الشهادة في القتل

قلت نعم ولكن لا اطلاق في الاخبار والشهادة اخبار فلا يكون القتل
الذي اخبروا بصدوره من زيد مثلا الا قتلا خاصا واقعا بجهة خاصة
وذا غير معلوم فكان مجهولا بالضرورة وبالجملة ان صدور الفعل بصفة الاطلاق
متعذر اذ الفعل لا يقع الا بوجه خاص ولا يمكن الاطلاق الا في الايجاب
لامكان ان يجب المطلق والشهادة اخبار بصدور الفعل ووقوعه
والاطلاق فيه مستحيل جدا قوله فيجب اقل موجبيه وهو الدية قلت
القلة والكثرة لا يتصور الا عند اتحاد الجنس والقصاص مع الدية
نوعان متغايران لا يمكن ان يوصف احدهما بالاقل والاخر بالاكثر
بل القصاص موجب القتل بوصف والدية موجبه بوصف اخر
ولا تيقن في واحد منهما حتى يجب الاقل عند تيقنه وبالجملة ان الموجب
للمصير الى الاقل ليس الا تيقنه ولا تيقن بالدية هنا على ما لا يخفى
والجواب عنها ان الاطلاق في الاخبارات ان كان يتعذر بالنظر
الى ما يصدق عليه المخبر به فهو بالنظر الى المفهوم ليس بمتعذر ومفهوم
القتل فيما اذا شهدا انه قتله ولا ندري باي شيء قتله مطلق فيثبت
بهذه الشهادة هذا المفهوم وانه ليس بمجمل اذ القتل بقطع النظر عن الالة
مفهوم معلوم لا مجهول فيصلح مشهودا به ثم موجبه قد يكون هو القصاص
وقد يكون هو الدية وقد تعذر هنا القصاص للشبهة في الالة
لجواز ان يكون غير جارحة وانه لا يجامع الشبهة فلا بد من ايجاب الدية
لئلا يخلو الدم عن العوض فيهدر وانها تجامع الشبهة فتجب وانما سماها
اقل لسرعة ثبوتها وخفة محلها او لتيقنها كتيقن الاقل وذلك ان نفس
القتل المشهود به ان كان بغير الة جارحة فالواجب هو الدية وكذا
ان كان بالة جارحة لان القتل اذا كان بالجارحة وتعذر القصاص
تجب الدية وهنا قد تعذر القصاص فتجب الدية فالدية واجبة هنا
على تقدير كون القتل بالة جارحة او غير جارحة وكانت كالاقل المتيقن
والله اعلم قوله دون الورثة وفي هذا نوع مخالفة لما مر ذكره في تعليل
مسئلة عفو احد الشركاء من قوله ولانه حق يجري فيه الارث وقد مر

مع جوابه وايضا من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وابن الابن ولو كان ثبوت القصاص بطريق الخلافة لم يكن
مشتركا بين الابن وابن الابن اذ الاقرب احق بالخلافة **وجوابه** ان
الاختلاف هو في حق من ثبت له القصاص من قتل المقتول اما في حق
من يثبت القصاص له من قبل ولي المقتول فلا شك انه يثبت لطريق الوراثة
حيث يثبت له ما ثبت لمورثه فكان ثبوته له بطريق الانتقال ولا معنى
بالثبوت وراثة سوى هذا وفي الكافي ولان القصاص غير موروث
لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله
وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة لما مر انه ملك الفعل ولا يتصور
الفعل منه هذا كلامه وفيه نظر لو ثبت القصاص لوارث المقتول
ابتداء للتشفي ودرك الثار لثبت لوارث ولي المقتول ايضا ابتداء لا بطريق
الوراثة لان التشفي امر يشمل الكل على وجه الاصالة دون النيابة فكان
اصلا فيما يثبت به اذ الاصالة في العلة توجب الاصالة في الحكم فيجب
ان لا يثبت للابعد مع وجود الاقرب وليس كذلك لما مر ان من قتل
وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن
ولو ثبت القصاص لوارث ولي المقتول ابتداء بعلة التشفي لكان القصاص
فيما اذا مات احد ابني المقتول عن ابن للصلبي دون النافلة كما اذا مات
المعتق عن ابنين ثم مات احدهما عن ابن فان الولاء للصلبي لا للنافلة لان
الولاء يثبت لوارث المعتق ابتداء لا بطريق الوراثة فلا يثبت للابعد مع
وجود الاقرب وبالجملة ان ثبوت القصاص لو كان بعلة التشفي لم يفترق
في ثبوته وارث المقتول مع وارث وليه وحيث افترقا كما عرفت علم ان
ثبوته بطريق الوراثة مطلقا وثبوت ما كان ثابتا للوارث لا يوجب
ان يثبت وراثة اذ الولاء يثبت للمعتق ثم اذا مات يثبت لابنه ابتداء
لا وراثة وكذا خيار التعيين وخيار العيب يثبتان للعاقد ثم اذا ثبت
يثبتان لوارثه ابتداء لا وراثة على ما مر **قوله** واذا كان القصاص يثبت
عنده للوارث ابتداء لا ينتصب احدهما خصما عن الاخر في اثبات حقه
بلا وكالة منه وهذا يشكل بما ذكر في الكافي من ان الاخوة اذا كانوا
ثلثة فاقام الاوسط بينة على الاصغر انه قتل الاب واقام الاصغر
على الاوسط انه قتل الاب وصدق الاكبر الاوسط ضمن الاصغر نصف
الدية للاكبر وربعها للاوسط وللاصغر على الاوسط الربع ثم يجمع ما للاكبر
والاوسط فيقسم بينهما وهذا لان الاكبر لما صدق الاوسط صارت

بينة

بينة الاوسط كبينته لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين وصار
الاكبر بهذه البينة مثبتا لنفسه على الاصغر نصف الدية ولم يعارضه احد
فيه فيقضي بنصف الدية للاكبر على الاصغر وبقي نصف الدية واستوى فيه
الاخوان فيقضي بينهما بنصفين هذا كلامه وهذا على اصل ابي حنيفة غير مستقيم
لان موجب القتل العمد القصاص غير انه يتعذر الاستيفاء باعتبار اختلاف
القاتل فلا يكون بينة الاوسط كبينة الاكبر عند تصديق اياه وهذا
لان هذا الحكم في القتل والخطاء سواء **قوله** فهو على هذا اي على الاختلاف
المذكور انه اذا اقام الحاضر منهما البينة على القتل ثم قدم الغايب هل يعيد
عنده يعيد وعندهما لا يعيد وان اقام القاتل البينة على الحاضر ان الغايب
قد عفى فالشاهد خصم كذا في الحواشي **قلت** اذا كان الاختلاف
المذكور بناء على ان حق القصاص للوارث بطريق الوراثة ام بطريق
الخلافة لا يتصور الاختلاف في مسئلة العبد لعدم تصور الوراثة
بين المولى والعبد **اجيب** بان الوراثة ان كان لا يتصور عن المولى
والعبد والنيابة بان ينوب المولى عن العبد متصور وجريان الاختلاف
بناء على ان القصاص للمولى يثبت بطريق النيابة عن العبد وثبوت الحق
بطريق الانتقال منه الى المولى او بطريق الخلافة بان يثبت ابتداء
عند تعذر اثباته للعبد فمن وقع عنده انه يثبت حق القصاص للعبد
اولا ثم ينتقل منه الى المولى قال يعيد الغايب البينة ومن وقع عنده
انه يثبت له ابتداء لا بطريق الانتقال لا يعيد **قوله** وان كذبهما القاتل
فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا
وقد وقع في بعض النسخ معناه اذا كذبهما القاتل ايضا والاول اوفق
بقوله وان صدقهما المشهود عليه وحده **قوله** غرم القاتل ثلث الدية
للمشهود عليه لاقراره بذلك **فان قلت** نعم قد اقر القاتل ثلث الدية
للمشهود عليه لكن المشهود عليه قد رد اقراره حيث اقر بعفوه **اجيب**
بان رده الى غيره ومثله لا يعتبر ردا بل اقرارا للغير كانه اقر له والمقر له
اقر لغيره فيرد المشهود عليه ما اقر من ثلث الدية من القاتل الى الشاهدين
الى هذا اشير في الكافي واشار فيه قبيله الى طريق اخر لصرف هذا
الثلث الى الشاهدين حيث قال لكنه يصرف الى الشاهدين لانهما زعما
المشهود عليه انه قد عفا ولا شيء له على القاتل وهما على القاتل ثلثا
الدية وما في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فينصرف
اليهما هذا كلامه ولا يخلو عن تامل لان الثلث لما كان مال القاتل

وكان لهما عليه ثلثا الدية بزعم المشهود عليه فغاية الامر ان يكون لهما
ان يا خذا من مال القاتل ما هو من جنس حقهما فاما ان يجب على من
كان في يده ماله ان يصرفه الى من له عليه المال فلا الا يرى انه لا يلزم المودع
المديون ان يصرف الوديعة الى الداين اذا كان من جنس حقه بل لا يحل
ذلك فالتخريج هو الذى ذكرنا من ان القاتل اقر للمشهود عليه وللمشهود
اقر للشاهدين فاذا سلم القاتل ما اقر به الى المشهود بحكم اقراره لم
يجب له ان يسلمه الى الشاهدين بحكم اقراره لهما فكانه اراد بالصرف
اليهما ان لا يمنعهما من الاخذ والصرف وان لم يكن اليه فعليه ان لا
يمنعهما من الاخذ لو ارادا الاخذ منه كالمودع المقر بالدين والوديعة لو
اراد الداين ان يا خذ حقه من وديعة المديون وهى من جنس حقه
لم يكن للمودع ان يمنعه من اخذها وان لم يكن له ان يرد الوديعة اليه
والله اعلم **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح **فان قلت**
الشهود وان شهدوا بشئ جارح ولكن الضرب قد يكون خطاء فكيف
يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا **قلت** لما شهدوا انه
ضربه بالسلاح فقد شهدوا بانه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا
لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره وانه
كذا في الشرح **واعترض عليه** في الحاشية بان قوله اذا كان عمدا ينافي
هذا السؤال والجواب **قلت** هذا الاعتراض غير متوجه اذ ليس المراد
بقوله اذا كان عمدا هو ان يذكر الشاهد وصف العمدية ويقول انه
ضربه بالسلاح عمدا فمات من ذلك لما سياتيك في اخر الكتاب
ان ذكر العمد ليس بشرط حتى لو شهدوا بمطلق القتل او اقر بمطلق القتل
يجب القصاص وان لم يوجد التعمد اى ذكر التعمد بل المراد بقوله اذا كان
عمدا هو ان لا يكون مقيدا بوصف الخطاء بل وصفوا القتل بالتعمد او شهدوا
بمطلق القتل فان الشهادة بمطلقه كالتصريح بوصف العمدية بناء على
ذكر الشارح فلا يكون قوله عمدا اذا كان منافيا لهذا السؤال والجواب
قوله والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية **فان قلت**
هذا يخالف ما في اخر الكتاب من قوله ان الشهود اذا شهدوا بالقتل
او اقر بمطلق القتل يجب القصاص **قلت** المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن ذكر
الالة والمراد بما في اخر الكتاب هو المطلق عن قيد التعمد فلا مخالفة والله
اعلم **فان قلت** فما الوجه الفارق بين الاطلاقين **قلت** كان وجه
هو ما ذكر الشارح انه اذا شهد بالقتل فقد شهد بانه قصد قتله اذ لو كان

خطاء لوجب ان يقول انه قصد قتل غيره فاصابه فلما قال قتله يحمل على انه
قتله عمدا حملا لامره على الصلاح اما اذا اطلق عن الالة فلا وجه هناك
على ان يحمل على الة ولان الاصل في القتل هو العمد فيحمل عليه وهذا يتاتى
في صورة الاقرار ايضا **قوله** واولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد
باطلاقه في اصلاح ذات البين وذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم رخص
بالكذب في ثلث مواضع في الرجل يصلح بين اثنين وفي الرجل يكذب لامراته
وفي الكذب في الحرب وانما قال بظاهر ما ورد لانه قال مشايخنا
لم يرد بهذا حقيقة الكذب لان الكذب على البتات حرام لا يحل
بحال فقد ورد عن رسول الله عليه السلام اذا كذب العبد كذبة تباعد
الملك عنه ميلا من نتن رايحته ومعنى الحديث في الذى يصلح بين
اثنين انه اذا كان بين رجلين عداوة اسم احدهما زيد واسم الاخر
عمرو فيجئ المصالح الى زيد فيقول له زيد ان عمرا جابر فاسق كاذب
الا انه قد دعى واكرمنى في وقت كذا فيجئ الى عمرو يظهر ما اثنى عليه
زيد ويكتم ما ذكر من السوء فاذا سمع عمرو ذلك لا بد وان يذكر بعض
فضايل زيد وبعض مساويه ثم يجئ الى زيد ويظهر ما اثنى عليه عمرو
ويكتم ما ذكر من مساويه فيصلح بينهما بالجميل وتاويل الحديث في الرجل
يكذب على امراته ان المراة يطالب الرجل بالشئ فيقول لعلى او عسى او
استثنى موصولا بكلامه فاذا لم يف لها بما قال فالمراة تظن انه كذب
وهو لم يكذب لان هذه الالفاظ مخرجة عن الكذب قال عليه السلام
المخرج عن الكذب اربع ان شاء الله تعالى او ما شاء الله تعالى ولعل
وعسى وتاويل الحديث في الحرب ان يقول المسلم للكافر الذى خرج
للبراز نحو ما قال على رضى الله عنه لعمرو بن عبيد كذا في الذخيرة في اخر
كتاب الحيل ثم هنا بحث اما اولا فلان ستر حال المشهود عليه
بالقتل لا يحتاج الى ارتكاب هذا الكذب فانهم لو اقتصروا على الشهادة
بالقتل ولم يقولوا لا ندرى باى شئ قتله كان سترا ايضا اذ القصاص
لا يجب الا اذا شهدوا انه قتله بالة جارحة فاذا لم يذكروا الالة كان
سترا واجمالا بينه فلا يحتاج الى الكذب المذكور لذلك واما ثانيا فلان
لان الحديث اذا كان مصروفا عن ظاهره لم يفد الاخذ بالظاهر
لما عرف من ان العامى ليس له ان ياخذ بظاهر النصوص **قوله** فقال
الولى قتلتما جميعا فله ان يقتلهما قيد بقوله قتلتما لانه لو قال الولى
صدقتما لم يكن له ان يقتل واحدا منهما لان قوله صدقتما بمنزلة قوله

لكل واحد انت قتلت وحدك وفيه تكذيب لكل واحد فى الجميع فيكون
ردا لا اقرارا فلا يجب على واحد منهما القصاص **قوله** فان شهدوا
على رجل انه قتله وشهد اخرون على اخر بقتله الى قوله وتكذيب المشهود له
الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا وقد يستشكل بما اذا ادعى
انه شج وليه موضحة ومات بها فشهدا بالموضحة وبالبرء او شهد احدهما
بالسراية والاخر بالبرء تقبل على الموضحة لاتفاق الكل فيها مع ان المدعى
كذب شاهديه او احدهما نعم قد قيل ان هذا قولهما فلنا ان نمنع ولكن
الفرق على الظاهر وعلى قولهما مشكل **باب**
فى اعتبار حالة القتل قوله فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا
ابرأ بعد الجرح قبل الموت وقد يستشكل عليه ما قاله ابو يوسف رح
فيما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده فلم يلحق بدار الحرب ولحق لكنه
لم يقض به حتى اسلم ثم مات من القطع فانه ضمن كل الدية فلو كانت
الردة كالابراء عنده لكان ينبغى ان لا يضمن كل الدية فى هذه المسئلة
كما لو ابرأ عن السراية نصا **وجوابه** ان الابراء لم يوجد نصا وانما
ثبت ضمنا للردة من حيث انها تسقط قيمته فاذا ارتفعت الردة
ارتفعت البراءة الثابتة فى ضمنها كما اذا كان للرجل على غيره دين فصالح
منه على عبد ثم هلك العبد قبل التسليم فانه يعود الدين وان برئ
المديون لان البراءة تثبت فى ضمن الصلح فاذا بطل بطل ما فى ضمنه
هكذا ذكر فى الحاشية فى كتاب المرتدين **وفيه نظر** لما تقدم فى اخر
كتاب الرهن ان الصلح عن الدين لا يسقط الدين بل يقرره وفى الحاشية
جعل الصلح مبرئا عن الدين فهو غير صحيح ثم الجواب ان الردة لا تقطع
السراية لانه بفوات العصمة وبقاء العصمة ليس بشرط حال بقاء
الجناية بل المعتبر قيامها حال انعقاد السبب وهو زمان الجناية وحال
ثبوت الحكم اى وجوب الضمان وهو زمان الموت وهذا كالنصاب
يشترط كماله فى اول الحول واخره وكالملك فانه يشترط عند الحلف بالطلاق
وعند الحنث فالردة الثابتة بين حالى انعقاد السبب وثبوت الحكم
غير معتد به فلا يصير مبرئا عن الجناية بخلاف ما اذا مات على الردة وبهذا
ظهر ان ما ذكر من قوله وقالا لا شئ عليه محمول على ما اذا مات المرمى اليه
فى حالة الردة اما لو مات من ذلك بعد ما اسلم ينبغى ان تجب كل الدية
عند ابى يوسف رح **قوله** كما لو ابراه بعد الجرح قبل الموت اى كما لو ابراه
المرمى اليه الرامى بعد الرمى قبل وصول السهم به ثم وصل فمات فهنا الحاق

للابراء

للابراء الحكمى وهو الارتداد بالحقيقى اى كما لو ابرأه حقيقة وفى الكافى
ذكر مكان قوله كما اذا ابرأ الخ كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات فقد قاس
الارتداد بعد الرمى على الارتداد بعد الجرح وانه يشعر بان الارتداد
بعد الجرح قبل الموت يوجب سقوط الضمان اجماعا حيث قاس الارتداد
بعد الرمى عليه ولو كان على الاختلاف لم يفد هذا القياس ولكن
الفرق لابى حنيفة بين ما اذا ارتد بعد الرمى وما اذا ارتد بعد الجرح
مما لا يهتدى اليه **قوله** له ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل
منه بعده فيعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم وقد يشكل الفرق
على اصل ابى حنيفة رح بين هذا وبين ما اذا ارتد مسلم بعد ما قطعت يده
عمدا فمات من ذلك مرتدا فهناك يجب على القاطع نصف الدية عند الكل
وعلله فى الكافى بان قطع اليد حصل حال تقوم اليد لكن سراية الجناية
حلت محلا غير معصوم فصارت هدرا بخلاف ما لو قطعت يد المرتد فاسلم
فمات منه فانه لا يضمن ولا يعتبر حال السراية لان الجناية متى صارت
هدرا لا يلحقها الاعتبار واما اذا اعتبرت فيحتمل الاهدار بالابراء
فكذا بالردة هذا لفظه فقد اعتبر ابو حنيفة رح الردة فى هذه المسئلة
ابراء عن السراية ولم يعتبر فى مسئلة الرمى مع ان الابراء كما يصح بعد
الجناية يصح بعد الرمى قبل الوصول ايضا على ان الشارح قال ههنا
ان ابا حنيفة يقول قولهما انه بالارتداد صار مبرئا غير صحيح لان اعتقاد
المرتد ان الردة لا يبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية
هذا كلامه وبه يشكل ان الردة اذا لم يكن مبرئا عنده كيف يصح جعله
مبرئا فى مسئلة القطع التى ذكرنا **قوله** حتى جاز بعد الجرح قبل الموت
اى بعد فعل الذى قبل الموت سواء كان بعد الوصول وقبله لانه ذكر
فى الجامع انه لو كان الجناية خطاء فكفر بعد الرمى قبل الاصابة صح **فان
قلت** كيف يصح التكفير قبل الاصابة وقد صرح فى البزدوى ان الشئ
بدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا والتكفير قبل انعقاد السبب
باطل كالتكفير عن اليمين قبل الحنث **اجيب** بانه قبل الاصابة ان كان
لا ينعقد فى حق المحل فقد ينعقد فى حق الرامى لا محالة فصح التكفير وتحقيقه
فى شرحنا للبزدوى **قوله** لان الرمى لم ينعقد موجبا لعدم تقوم المحل
فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك **فان قلت** يشكل
بما اذا رمى الى صيد الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامى
قلت جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته

كذا في الشاهان او نقول صفة المحل تعتبر عند الوصول لان المحل انما
يتأثر عنده ولهذا لو رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم وقعت الرمية
عليه لا يحل لان المحل لم يبق محلا للذكوة وهذا ايضا مما اشير اليه في الشاهان
واعترض عليه في الحاشية بانه يشكل بقوله اذا رمى مسلما فارتد الى آخره
وتقريره ان الواجب فيما اذا رمى مسلما فارتد ثم وقع السهم به الدية وانها
بدل المحل كضمان صيد الحرم ثم انكم اعتبرتم في حق وجوب الدية صفة المرمى
المحل عند الرمي وفي وجوب جزاء صيد الحرم صفته عند الوصول ولا
وجه اليه ويمكن ان يجاب بان الواجب الاصلي في مسئلة الارتداد
هو القصاص لا الدية لانه الموجب في العمد وكذا في الخطاء على ما صرح
به في المعاقل ولكنه امتنع استيفاؤه لمانع والقصاص جزاء الفعل
دون المحل فيعتبر حالة الفعل دون حالة الوصول اما في قيد صيد الحرم
فالواجب هو الضمان وانه بدل المحل فيعتبر فيه حالة الوصول دون الفعل
نعم يشكل النكتة الثانية فيما اذا رمى رجلان الى صيد معا فسبق احدهما
فهو لانه ناقل محرز وحل وقال زفر لا يحل لان الاول اخرجه من الصيدية
وقد مات بالجرحين وجرح الثاني ذكوة اضطرار بعد ما صارت ذكوته
ذكوة اختيار فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو تعاقبا في الرمي والاصابة
ولنا ان فعل كل واحد منهما يوجب الحل بالذكوة لانه رمى الى الصيد والمعتبر
في الحل وقت الرمي لان الحل بالذكوة وهي فعل المذكى وفعله الرمي اما في الملك
فالعبرة لوقت الاصابة لان الملك بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة
دون الرمي ولم يضمن الثاني لان المعتبر في حق الضمان حالة الرمي وحال
رمي الثاني كان الصيد مباحا فلم ينعقد الرمي بسبب الضمان كذا في الكافي
ووجه الاشكال ظاهر يعرف بالتأمل **وجوابه** ان كونه محلا للذكوة
وان كان صفة المحل فالاختيار والاضطرار من صفات الفاعل فيجب
ان يعتبر فيه وقت الفعل دون الوصول لا يقال كونه محلا للذكوة الاضطرار
صفة المحل لكونه محلا الاختيارية فيجب ان يعتبر فيه وقت الوصول لانا
نقول ان المحلية اما كونها اختيارية او اضطرارية فبناء على كون الفاعل
مختارا او مضطرا فلا يعتبر فيه الا حال الفاعل عند الفعل والله اعلم **قوله**
لانه اتلف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب
شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية الى آخره وهذا مشكل
لما عرفت من قبل ان القطع الساري قتل من الابتداء عند ابي حنيفة رض
فينبغي ان يجب الضمان للمولى لان العبد قتل على ملكه ولئن قيل الضمان

ان كان يجب للمولى باعتبار انه قتل في الابتداء فقد يجب للعبد باعتبار
حالة السراية فلا يجب لاختلاف المستحق **قلنا** فليعتبر مثل هذا في الرمي
ايضا فان الضمان هناك ان كان يجب للمولى باعتبار حالة الرمي فقد
يجب للعبد باعتبار حالة الوصول فينبغي ان لا يجب في الرمي ايضا

كتاب الديات

قوله دية مغلظة المراد بالتغليظ
التشديد لان الشرع شدد عليه بايجاب الدية المكفية لتعسر تحصيلها
لان جزاء الجناية يتغلظ بتغلظها وهذه جناية غليظة نظرا الى تعمده
على المباشرة فجازاه الشرع بايجاب الدية المغلظة وبايجاب الكفارة
تحقيقا لمعنى الجبر كذا في الحاشية **وفيه نظر** لما عرف ان الدية تجب
بدل المحل لا جزاء الفعل الا يرى انها لا تتعدد بتعدد القاتل فلو كان
جزاء الفعل لتعددت بتعدده كالقصاص والكفارة فاذا كان
بدل المحل وجب ان لا تتغلظ عند تغلظ الجناية الا يرى ان جناية
العمد المحض اغلظ من الخطاء وشبه العمد ثم هناك لو سقط القصاص
بشبهة يجب الدية من غير صفة التغليظ وكذا في الكفارة لانها جزاء
الفعل ولا تغليظ فيها فالاولى ان يحال وجوب التغليظ في شبه العمد
الى ما ورد فيه من الآثار على ما سيأتيك **قوله** بقوله تعالى فتحرير رقبة
مؤمنة والنص وان ورد في الخطاء فشبه العمد في معناه فيلحق به
دلالة كذا في الحاشية **وفيه بحث** قد ذكرناه في اول الجنايات **قوله**
ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وهو للجزاء والجزاء اسم
للكافي فيصير كانه قال فجزاؤه كذا فان لم يجد فكذا كذا في الشاهان
فان قلت سلمنا ان الفاء للجزاء وهو اسم للكافي ولكن لا يخفى ان
حرف الفاء انما يدل على كون مدخوله كافيا بمعنى ان لا يحتاج الى غيره
في الكفاية لا بمعنى ان لا يكون غيره مجزيا ايضا كاجزائه فهو لا ينافي
لا يراد الاطعام في الكفارة بمعنى ان يجزي هو ايضا كما يجزي التحرير
وان كان ينافي ان يكون الاطعام بعض الجزاء والمقصود بهذا تعليل
هو ان الطعام ليس بمجزي ايضا فالدليل لا يوافق الدعوى **قلت** كان
هذا التعليل بطريق الترديد يعني انه لو اريد الاطعام فاما ان يجعل
جزاء او جزاء كاملا كالتحرير لا سبيل الى الاول لان حرف الفاء التي
هي للجزاء الذي هو اسم للكافي ينافيه ولا الى الثاني لان الاقتصار
على المذكور يعني لو كان غيره مرادا لذكره لكونه موضع الحاجة الى البيان
وحيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان

بيان قوله والظاهر سلامة اطرافه فان قلت يشكل على هذا ان
في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل حيث لم يكتف
هنالك بظاهر الحال ان هذه الاعضاء سليمة حتى يجب على القاطع خطأ
دية كاملة قلنا الظاهر لا يصلح لالزام الدية والحاجة هنا الى دفع الواجب
والظاهر يصلح للدفع كذا في الحاشية وفيه نظر لظهور ان الحاجة هنا
ليس الى دفع الواجب كيف والواجب قد تقرر عليه بالقتل بل الحاجة
الى رفعه عن الذمة واخلائها عنه والظاهر ان كان يصلح لدفع ما
هو غير ثابت فلا يصلح لرفع ما هو ثابت لان الظاهر يصلح لا يفاء ما كان
لا لاثبات ما لم يكن والخروج عن العهدة بعد شغل الذمة بها ههنا
لم يكن ثابتا فلا يثبت بالظاهر وجوابه ان اثبات ما ليس بثابت ونفي
ما هو ثابت انما لا يصلح بالشك فاما الظاهر فيصح في غير مقام الالزام
ولا الزام هنا فيكتفى فيه بالظاهر وفي ايجاب الدية الزام فلا يكتفى
به فيه وبعبارة اخرى ان الظاهر في حكم اليقين اذا لم يكن هنالك
مكذب الا يرى انه لو اكتفى بالطهارة الظاهرية في باب الوضوء يصح
بل يجب عليه الوضوء بما عرف طهارته بحكم الظاهر وكذا لو شك في الصلوة
وتحرى يحكم بالصحة وله غير نظير وفي الدية فافترقا قوله في نفس المؤمن
مائة من الابل والتمسك به على وجهين احدهما انه اوجب مائة من الابل
فلو وجبت الخلفات يزيد على النص من وجه لان ما في البطن عرضية الانفصال
فكان زيادة على ما قدره الشرع وهو باطل والثاني انه اطلق الابل
ولم يقيد شيئا منها بكونها ثنية كلها خلفات في بطونها اولاد فيجري
على اطلاقه ولما كان هنا مظنة ان يقال ان الابل وان وردت مطلقة
عن قيد كونها خلفات فقد ورد مقيدا به فيما رويناه وهذا الاطلاق
والتقييد وردا في حكم واحد في حادثة واحدة فيجب ان يحمل المطلق على المقيد
كما في كفارة اليمين اجاب بقوله وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في صفة التغليظ يعني ان المطلق انما يحمل على المقيد ان لو صح
التقييد فهو غير صحيح هنا فلا يحمل عليه ثم المصنف رحمه الله جعل نفس الاختلاف
دليل الزيادة وقد شرط الاصوليون مع الاختلاف ترك المحاجة به فكانه
اراد الاختلاف مع ترك المحاجة والمعنى لاختلاف الصحابة مع ترك المحاجة
به بدليل ما ذكر في المبسوط حيث قال واما الحديث الذي روى وهو
قوله عليه السلام وفيها مائة من الابل في بطونها اولادها فلا يكاد يصح لان
ما ذكره رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع كان بمحضر من جماعة

ولم يرو

ولم يرو هذا الحديث الا نعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت في عداد الصبيان
وقد خفي على كبار الصحابة حتى اختلفوا بينهم على اقاويل كما بينا ولم يجز المحاجة
بينهم بالحديث ولو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولا احتج بعضهم على بعض
قوله وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا لما ذكرنا وهو
كالمرفوع فيعارض به هذا جواب عما رويناه لعدم تسليم ثبوته يعني لو سلمنا
انه ثابت فهو معارض بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه فلا يثبت
الزيادة بالتعارض فبقي قوله في نفس المؤمن مائة من الابل مطلقا بلا شرط
كونها خلفات او نقول لما تعارضا اخذنا بالمتيقن وهو ما قال ابن مسعود
رضي الله عنه قوله مائة من الابل اخماسا وانتصابه باضمار يكون ونحوه
وانما اضمر لكثرة الاستعمال وامن الالتباس كذا في الشاهان ويجوز
ان يكون انتصابه على الحال اي يجب مائة من الابل حال كونها اخماسا
وتفسير الاخماس بقوله عشرون بنت مخاض الخ وما ذكر في الشاهان
ضعيف لما عرف ان حذف كان في غير موضع الشرط ليس بقياس قوله
لان ما قلنا احق فكان الاليق بالخطاء لان الخاطي معذور يشكل بان
الدية لا تجب جزاء عن الفعل حتى تتغلظ بتغلظ الجناية وانما تجب
بدلا عن المحل حتى لا تجب على الجماعة القاتلة خطاء الا دية واحدة
قوله غير ان الشافعي كان من حقه ان يذكر قبل قوله ولان ما قلناه
اخفلانه استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به قوله وتاويل
ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك
وذكر في الاسرار وما رواه الشافعي رحمه الله فيحمل على حال ما كانت الدراهم
على وزن خمسة وانها كانت على ذلك في الاغلب الى عهد عمر رضي الله عنه
فابطل عمر رضي الله عنه ذلك الوزن هذا لفظه نقلا للشارح فان
قلت هذا التاويل يخالف مذهبنا لانا نقول بوجوب عشرة الاف درهم
بوزن السبعة والتاويل بانه قضى من دراهم كان وزنها ستة يقتضي
وجوب اكثر من عشرة الاف لان اثنى عشر الفا بوزن الستة يزيد
على عشرة الاف بوزن السبعة بما اتى مثقال فيجب على مقتضى هذا التاويل
ان يلزم من وزن السبعة عشرة الاف ومائتان وخمسة وثمانون درهما
وخمسة اسباع درهم وليس المذهب هكذا وكذا التاويل بانه قضى من دراهم
كان وزنها خمسة على ما هو المذكور في الاسرار لا يوافق ما هو المذهب
عندنا لانه يقتضي ان يجب اقل من عشرة الاف درهم بوزن السبعة اذ
اثنا عشر الفا بوزن الخمسة ينقص من عشرة الاف درهم بوزن السبعة

بالف مثقال فيجب بمقتضى هذا التأويل ان يلزمه من وزن السبعة ثمانية
الاف وخمسمائة واحد وسبعون درهما وثلثة اسباع درهم والمذهب
بخلافه اجيب بان هذا التأويل لابطال مذهب الخصم ولما بطل مذهبه
ثبت مذهبنا لعدم القائل بالفصل واجيب في الشاهان اخذا عن مبسوط
شيخ الاسلام بانه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الا شيئا الا انه
اضيف الوزن الى ستة لما كان قريبا منه فيكون وزن اثنا عشر بوزن
الستة مساويا لعشرة بوزن السبعة وهذا لا يشفي عليل الصدر على ما
لا يخفى ثم يصح ان يجاب بان الحديث الذي تمسك به الشافعي مروى
عن ابن عباس رضي الله عنه وقد روى عنه ان النبي عليه السلام
جعل الدية عشرة الاف فتعارضت روايتاه فبقي رواية عمر رض
سالما عما عارضته فنعمل به دون غيره ونظيره ما روى عن ابن عمر
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة وللراجل
سهمين وروى عنه انه عليه السلام قسم للفارس سهمين فتعارض
روايتاه فترجح رواية غيره وهو رواية ابن عباس رضي الله عنه ان
النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين وللراجل سهما لسلامته
عن المعارضة هكذا ذكر في كيفية قسمة الغنيمة وقد مر قوله ولان
التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول المالية
ولهذا لا يقدر به ضمان وهذا مشكل لما عرف ان الحيوان الموصوف
يصلح مهرا عندنا فقد قدر به منافع البضع وهو مجهول المالية ولئن قيل
انما تحملت الجهالة في المهر لكونه التزام المال ابتداء اذ هو عوض منافع بضع
وانها ليست بمال فاشبه الاقرار قلنا الدية ايضا التزام المال من جنب
انها تجب ابتداء بمقابلة ما ليس بمال كالمهر الا يرى ان المصنف رح شبه
التزام المال في النكاح بالدية حيث قال في كتاب النكاح ولنا انه معاوضة
مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة
كالدية والاقارير هذا لفظه فقد اشار الى ان المهر والدية من واد
واحد فاية جهالة تحملت في المهر وجب ان تحمل في الدية فينبغي ان لا يكون
جهالة هذه الاشياء في المالية منافية لجعلها دية كما لا ينافي لكونها مهر
قوله عدينا ها في غيرها اي عدينا الاثار المشهورة في غيرها فلو قلت بغيرها
لزدنا على ما ثبت بالاثار المشهورة بما ليس بمشهور وانه لا يجوز على ان عمر
رضي الله عنه يحتمل الصلح قوله فيرتفع الخلاف قلت جاز ان لا يصح الصلح
بالزيادة مع بقاء الخلاف لان دليل الخصم يورث الشبهة واثر عمر رض

يحتمل

يحتمل التقدير فلم يصح الصلح بالزيادة احتياطا مع بقاء الخلاف في التقدير
بغير الاشياء الثلثة قوله وقال الشافعي ما دون الثلث اي ثلث الدية
لا يتنصف قال الشارح والصواب ان يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه
لا يتنصف ذكر في المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول انها تعاقل
الرجل الى ثلث الدية يعني اذا كان الارش بقدر الثلث او دون ذلك فالرجل
والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل الى هنا
لفظه قلت ذكر بعض المحققين في حاشية البزدوي ما يدل على ان ما ذكر
في الكتاب صواب حيث قال فيها قال سعيد بن المسيب المرأة تعاقل الرجل
الى ثلث الدية اي توازيه فاذا بلغ ثلث الدية صارت دية المرأة على النصف
من دية الرجل قيل له كلما ازداد الالم انتقص العقل قال انه السنة
فحمل الشافعي على سنة الرسول عليه السلام واصحابنا على سنة زيد بن ثابت
لان ذلك مذهبه الى هنا لفظ الحاشية وهو تصريح بانه اذا بلغ الثلث
يتنصف فكان فيه روايتين وقد اختار المصنف رح انها تتنصف عنده
ايضا اذا بلغ الثلث يشعر بذلك قوله فيما بعد اعتبارها بالثلث وما
فوقه فلهذا قال ما دون الثلث لا يتنصف ولم يقل الثلث وما دونه
لا يتنصف وانما كان الصواب ذلك ان لو كان في عدم التنصف في الثلث
اتفاق الروايات او كان اختيار المصنف ذلك والكل منتف ثم توجيه
الروايتين بانه قد عرف من مذهب زيد وهو ماخذ الشافعي رح ان
ديتها اذا بلغت ثلثين ابلا وانه اقل من الثلث لا يتنصف واذا بلغت
اربعين ابلا وانه فوق الثلث يتنصف حيث سئل سعيد ابن المسيب
وهو يعتقد مذهب زيد عمن قطع اصبع امرأة ما يجب فيها قال عشر
من الابل ثم قال السائل ولو قطع اصبعين منها قال عشرون ابلا ثم
قال لو قطع ثلث اصابع قال ثلثون ابلا ثم قال لو قطع اربعة قال السائل كلما
ازداد المها قل عقلها قال هكذا السنة واراد سنة زيد فعلم حكم الثلثين
ابلا انها لا تتنصف وحكم الاربعين انها تتنصف فالثلث بين الاربعين
والثلثين ولو قيل بان الثلث لا يتنصف فلوجود التنصف عرف
في اربعين وانه فوق الثلث وان قيل بانه يتنصف فلوجوده ايضا اذ الثلث
فوق الثلثين وما فوقه متنصف ويقال قد عرف من مذهبنا ان الثلثين
لا يتنصف وان الاربعين يتنصف والثلث وهو ثلثة وثلثون وثلث
بين الثلثين والاربعين فيحتمل ان يلحق بالثلثين فلا يتنصف وبالاربعين
فيتنصف وفي هذين الترجيحين نظر حيث يلزم ان يكون ما فوق الثلث

دون الاربعة ايضا على الروايتين لانه بين الثلثين والاربعين كالثلث
وليس كذلك **قوله** وامامه فى ذلك زيد بن ثابت **فان قلت** كيف امامه
يكون زيدا وهو لا يرى تقليد الصحابى **قلت** للشافعى فى تقليد الصحابى
قولان فى قوله القديم يقلد وفى الجديد لا يقلد فكان ما ذكر ههنا
من قوله وامامه زيد محمول على القول القديم او نقول قوله وامامه
فى ذلك زيد بن ثابت خرج مخرج الطعن عليه يعنى انه جعل فى هذه المسئلة
زيد بن ثابت اماما وهو لا يرى قول الصحابى حجة فقد ناقض مذهبه
وتشبث بما ليس بحجة عنده وهذا مبنى على ان السنة المذكورة فى قول
سعيد بن المسيب انه السنة محمول على سنة زيد بن ثابت رضى الله عنه
والا فالشافعى لا يجعل فى هذه المسئلة زيد بن ثابت اماما بل حمل السنة
الواقعة فى قول سعيد بن المسيب على سنة رسول الله عليه السلام فيكون
متشبثا بالحديث لا بقول الصحابى فلا جرم يكون هنا متشبثا على اختيارنا ثم
اعلم ان حمل السنة فى قول سعيد بن المسيب هكذا السنة لا يجدى نفعا
لان حملها عليه لا يقدح فى الاحتجاج اذ الصحابى بل التابعى اذا قال ما لا يهتدى
اليه العقل كان محمولا على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم السنة او
وايضا لما كان الاثر الغير المعقول محمولا على السماع البتة كان حمل السنة على
الرسول عليه السلام او سنة زيد سواء وقد مرت الاشارة فى الكتاب
الى ان الاثر الغير المعقول كالخبر المرفوع حتى يعارض الخبرية **قوله** اعتبر
بها وبالثلث وقد يقال الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لان كلا منهما
خلقت لوقاية النفس ولا فرق بين الرجل والمرأة فى ضمان الاموال فكذا
فى ضمان الاطراف الا ان ضمانها اذا بلغ ثلث الدية يكون فى حكم ضمان النفس
اذ الثلث فى حكم الكل من حيث ان الشرع اعتبره كثيرا حيث قال الثلث
والثلث كثير وتنزيل الكثير منزلة الكل اصل ممهد فى الشرع فينتصف كما
ينتصف ضمان الكل

فصل فيما دون النفس

قوله لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام **فان قلت** الظاهر لا يصلح للالزام
الا يرى اذا قطع لسان الصبى ولم يعلم صحته لا يجب دية كاملة مع ان الظاهر
سلامته **قلت** سلمنا انه لا يصلح للالزام ولكن يصلح للدفع وهنا يدفع
سقوط الدية لانه اذا عجز عن اداء الاكثر فقد قدر على اداء البعض والعجز
عن اداء الكثير يوجب كمال الدية والقدرة على البعض يسقط كمالها فيكون
الظاهر دافعا لا ملزما بخلاف تلك المسئلة فانه لو وجبا الارش كاملا
لوجب بظاهر السلامة فيصير ملزما لا دافعا كذا فى الحاشية والاوضح ان يقال

انه اراد بالظاهر هنا الغالب اى الغالب انه لا يحصل منفعة الكلام
اذا لم يقدر على اداء الاكثر فكان كتفويت جنس المنفعة اذ الاكثر فى حكم
الكل فيجب الدية كاملة وبهذا لا يرد الاشكال المذكور حتى يحتاج
الى التكلف المذكور **قوله** وهو ملحق اى الحقه الشرع ولو كان ذلك
بالحاق المجتهد لكان مدخولا فيه اذ الاتلاف من وجه ادنى من الاتلاف
من كل وجه وجاز ان يثبت الشئ فى الاعلى ولا يثبت ذلك فى الادنى
فلا يستقيم الالحاق لا قياسا ولا دلالة لعدم المماثلة وثبوت التفاوت
قوله ينسحب فى الصحاح سحب كشيدن يقال سحبت ذيلى فانسحب اى
جررته فانجر اى تجر الفروع الكثيرة الى هذا الاصل وفى الكافى
الاصل انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا فى الادمى
يجب به كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا
بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه
فى الادمى تعظيما له اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها فى اللسان والانف فقسنا عليه غيره اذا كان فى معناه هذا
كلامه **قلت** اذا كان الاتلاف من وجه ملحقا بالاتلاف من كل وجه
لزم ان لا يلزم فى الاتلاف من وجه اكثر مما يلزم فى الاتلاف من كل وجه
ولكن قد يلزم فى الاتلاف من وجه اكثر مما يلزم فى الاتلاف من كل وجه
الا يرى لو اتلف الاسنان كلها يلزم فى كل سن خمسمائة درهم او خمس من الابل
فيكون المجموع اذا كان اسنانه اثنين وثلثين مائة وستين ابلا او ستة عشر
الاف درهم واذا كانت ثمانية وعشرين كما فى الكوسج كان المجموع مائة
واربعين ابلا او اربعة عشر الاف درهم فيربو الاتلاف من وجه
على الاتلاف من كل وجه وذلك ان اتلاف الاسنان كلها اتلاف
منفعة المضغ فحسب **قوله** والايلاد اى على طريق معتاد وهو الايلاج
الذى هو طريق الاعلاق عادة وعن هذا قال والايلاج بطريق التفسير
للايلاد المتعارف **قوله** وكذا اذا ذهب سمعه وبصره وطريق معرفة
ذهاب السمع ان يتغافل فينادى فان اجاب لذلك علم ان سمعه لم يذهب
وحكى الناطفى عن ابى حازم القاضى والقدورى عن اسمعيل ابن حماد
ان امرأة تطارشت اى ارت ان بها طرشا وهو نوع صمم يعنى خويشتن
كرساختن فى مجلسه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها
فجاءة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها
كذا فى الشرح **قوله** فى اللحية اذا حلقت فلم ينبت الدية ولا يطالب بالدية

حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات المحلوق لحيته او رأسه
قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه وقيل لا فيه حكومة عدل كذا في الشرح
قوله المقصود ان في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف
الحر **قلت** فينبغي ان لا يجب كل القيمة في الاذنين الشاخصتين بل
نقصانهما لان المقصود منهما الجمال دون المنفعة وسيجيء ان كل ما
يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد والواجب في الاذنين الشاخصتين
في الحر كل الدية كما مر فيجب في العبد كل القيمة وايضا الاطراف في الدية
كالنفس والواجب في نفس العبد الدية للادمية دون المالية فكذا
في ارش الاطراف فيجب ان يعتبر الجمال دون الاستعمال **قوله** لانه
ليس بكوسج فيه اشارة الى ان القسمين المذكورين اولا اعني من كان
في ذقنه شعرات معدودات او كان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل
كل منهما كوسج ولكن ذكر في المغرب ان الكوسج معرب وهو الذي لحيته
على الذقن لا على العارضين وفيه اشارة على ان من كان الشعر على ذقنه
وخده جميعا لكنه غير متصل فهو ليس بكوسج وقد يوفق بان المراد ليس
بكوسج حقيقة ولا حكما يجب فيه كمال الدية بخلاف من كان على ذقنه
وخده جميعا شعرات غير متصلة فانه كوسج حكما لا حقيقة فيجب فيه حكومة
عدل لا الدية كاملا عملا بالحقيقة والحكم جميعا حكي ان امرأة قالت
لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رح
عن ذلك فقال يعد اسنانه فان كانت اثنين وثلثين فليس بكوسج
وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج وبهذا يعلم تفسير الكوسج على خلاف
ما في الكتاب الا ان يكون ما قال ابو حنيفة رح محمولا على صورة
عدم اللحية يعني اذا لم يكن للرجل لحية فح يعد اسنانه ان كانت اثنين
وثلثين فهو ليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج اما اذا
كانت للرجل لحية فلا حاجة حينئذ الى عد اسنانه في معرفة كونه كوسجا
قوله والاسنان والاضراس كلها سواء ذكر الاضراس تخصيص بعد
التعميم اذ الاسنان تتناول الثنايا والاضراس وانما خصه لان منهم
من فضل بعض الاضراس على البعض اي فضل الطواحن على الضواحك
فخص الاضراس بالذكر اهتماما بشانه في بيان المساواة بين الاسنان

فصل في الشجاج

قوله الشجاج عشرة لان الشجة اما
ان لا يقطع الجلد فلا يكون شجة فلا كلام فيه وان قطعت فاما ان يظهر
الدم اولا الثاني الحارصة والاول اما ان تسيل الدم اولا الثاني الدامعة

والاول اما ان يقطع اللحم اولا الثاني الدامية والاول اما ان قطعت
اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا الثاني الباضعة والاول اما ان ظهرت
الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم اولا الثاني المتلاحمة والاول السمحاق
ثم لو تعدت الشجة من اظهار الجلدة فلا يخلو اما ان انحصرت على اظهار
العظم فهي الموضحة اولا فاما ان انحصرت على كسر العظم فهي الهاشمة والا
فاما ان انحصرت على نقل العظم من غير وصول الى الجلدة التي بين العظم والدماغ
اولا فالاول المنقلة والثاني الامة هذا على تقدير المبسوط وهو المعول
عليه كذا ذكر في الشرح **قوله** والدامعة بالعين المهملة لان الدامغة
بالغين المعجمة آخر الشجاج وسيجيء بيانها في الكتاب وانما سميت دامعة
لان الدم يخرج منها بقدر الدمع في القلة او لانه الالم يصل الى صاحبها
فيدمع عيناه **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطع **فان قلت**
الشجاج من الحارصة الى الدامية كلها تقطع الجلد لان ما لا يقطع فليس بشجة
على ما ذكر الشارح نقلا عن المبسوط فما وجه تفسير الباضعة بما هو مشترك
بين الشجاج كلها **قلت** المراد قطع الجلد مع قطع بعض اللحم بحيث لا يصل
الى حد الكثرة **قوله** في المتلاحمة وهي تأخذ في اللحم اي في اكثر اللحم لتحصيل
الفرق بينه وبين الباضعة لانها ايضا تأخذ في اللحم على ما ذكرنا ولكن في قليل
اللحم دون كثيره يؤيده ما ذكر الشارح حيث قال وفي المبسوط وروي عن محمد
ان المتلاحمة قبل الباضعة فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطعه والباضعة
بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل في قطع اكثر اللحم
فهو بعد الباضعة ثم جاز ان يكون تفسير المصنف على خلاف ما يفهم من المبسوط
فلا يحتاج الى التاويل في شيء من كلامه فالحارصة عنده ما يقطع بعض الجلد
من غير ان يخرج الدم والدامية هي التي تقطع بعض الجلد وتظهر الدم من غير
تسييل فان سيلته فهي الدامية والناصعة هي التي تقطع الجلد كلها من غير ان
تأخذ في اللحم فان اخذت فيه فهي المتلاحمة ان لم يصل الى السمحاق وان وصلت
فهي السمحاق ان لم يوضح العظم فان اوضحته فهي الموضحة ان لم يكسر العظم فان كسرته
فهي الهاشمة ان لم تنقله فان نقلته فهي المنقلة ان لم تصل الى ام الرأس وان وصلت
اليه فهي الامة ان لم تخرج الدماغ وان اخرجته فهي الدامغة الا انه لم يذكرها
لانها قتل في الغالب ذكر في الذخيرة الباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه
قال شيخ الاسلام رح ولا ينزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم
وتنزع من اللحم شيئا هذا كلامه فهذا تفسير الباضعة والمتلاحمة على خلاف
ما يفهم من تفسيرهما من المبسوط وظاهر لفظ الكتاب ثم انما سميت هذه الشجة

متلاحمة باعتبار ما يؤول اليه من التلاحم والالتيام او على التفاول
قوله وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل
الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه فان قلت كيف نفي اعتبار
المساواة اولا في وجه رواية المتن المروية عن ابي حنيفة ثم اثبت ذلك
ثانيا اجيب بان طريق اعتبار المساواة في ذلك على نحو ما ذكر ربما
يخفى على البعض فينكر اعتبار المساواة بناء على زعمه ثم يظهر ما خفي عليه
بطريق حسن قوله وفيما دون الموضحة حكومة عدل هذا بيان حكم
الشجاج التي هي دون الموضحة في الجناية على رواية غير الاصل لما عرفت
من وجوب القصاص فيها على رواية الاصل او نقول على رواية الاصل
انما يجب القصاص اذا كان عمدا اما في الخطاء فلا بد وان يجب فيها
حكومة عدل على رواية الاصل ايضا فيحتمل ان يجعل هذا على رواية الاصل
بحمله على الخطاء قوله وهو ما تؤثر عن النخعي وعمر بن عبد العزيز نسبه
الى ان فتوى التابعي على خلاف المعقول حجة كفتوى الصحابي وانها محمولة
على انه سمع ممن سمع من النبي صلى الله عليه وسلم ولكن ذكر في الكشف
انه ليس بحجة قوله وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب الخ يشكل
بانه ذكر حكم الجايفة وانها ليست من الشجاج حقيقة مع انها تقع قتلا
في الغالب لا جناية مقتصرة بحكم على حدة حتى لا يجب القصاص فيها لذلك
فلان يذكر الدامغة فيها وهي من الشجاج حقيقة اولى الا ان يقال
هذا وجه الترك وعذره لا وجه يوجب الترك بل الاصل هو الذكر
وبيان حكم كل من الجراحات قوله والشين يختص بما يظهر منها اي من البدن
في الغالب وهما العضوان هذان اي الوجه والراس قلت هذا في الوجه
مسلم اما في الراس فمحل تامل لما ان الراس يغطى عادة حتى لا يجوز للمحرم
من الرجل ان يغطي راسه ويجوز له تغطية الوجه لان اثر احرامه انما يظهر
في راسه لا في وجهه لان راسه يغطى عادة ووجهه لا يغطى فلو غطى الراس
وكشف الوجه لم يظهر اثر احرامه فيه بخلاف المراة فان اثر الاحرام
فيها يظهر بكشف الوجه فجاز لها ان تغطي راسها فلو كان الغالب
في الراس الظهور كما في الوجه لم يظهر اثر الاحرام في الرجل بكشف الراس
ايضا على ان هذا التعليل لا يكاد يستقيم في حق المراة لان راسها
عورة مستورة والغالب فيها عدم الظهور كما في ساير الاعضاء هذا
مع انه منقوض بالجايفة فان ثلث الدية يجب فيها مع عدم ظهورها للناس
لان الجوف لا يظهر عادة وهي جراحة فيه قوله الا ان عندنا اما من الرجه

لانصاله

لانصاله به فان قلت فينبغي ان يجب غسلهما في الوضوء قلت نعم
لكنا تركنا بالاجماع ولا اجماع هاهنا فان قلت اللحيان لا يدخلان
فيما ذكروا من حد الوجه بقولهم هو من قصاص الشعر الى اسفل الذقن
والى شحمتي الاذن اجيب بالتزام ان ذلك حد للقدر المفروض غسله
من الوجه لا لما هو وجه بالحقيقة قوله وقال الكرخي ان ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح
لحديث علي رضي الله عنه فان عليا رضي الله عنه اعتبر حكومة العدل
في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبد كذا
في الشرح قلت روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي
رضي الله عنه فامر ان يقرأ ا ب ت ث فلما قرأ حرفا اسقط من الدية
بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحساب ذلك كذا في الجامع

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية

الصغير للامام التمرتاشي والذخيرة قوله ولان الكف تبع للاصابع
لان البطش بها اي الاصابع اصل في البطش والكف يعينها فيه فيكون
تبعا فان قلت قد ذكر المصنف رح فيما تقدم ان الاصابع تبع للكف
فيما اصل لها عرضا فهلا اعتبرت جهة الاصالة في الكف في حق وجوب
الضمان قلت الضمان انما يجب باعتبار فوت المنفعة والاصل في المنفعة
هي الاصابع والكف تابع فلا وجه لاعتباره اصلا في وجوب الارش
الذي يتعلق بفوات المنفعة الا يرى انه لا يجب الدية في اليد الشلاء
والعين العوراء لانعدام المنفعة فيها قوله لان الشرع اوجب
في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فان
قلت فينبغي ان لا يجب نصف الدية في قطع الاصابع او في قطع الرسغ
لان النصف ارش هذه الجارحة من رؤس الاصابع الى المنكب فلا يجب
فيما دونه قلت نعم الا انا اوجبنا نصف الدية فيها اعتبارا بقطع الرجل
ونحوه مما يفوت به المنفعة الا يرى ان الواجب في النفس الدية ثم يجب
في كل ما يفوت به جنس المنفعة لانه في معنى تفويت نفسه كذلك قطع
الاصابع في معنى قطع هذه الجارحة الى المنكب فيجب نصف الدية فيها كما يجب
في قطع الجارحة باسرها الى المنكب قوله ولهما ان اليد آلة باطشة
الخ ولا حجة في الحديث لان اليد اذا ذكر في موضع القطع فالمراد به الزند
بدليل اية السرقة كذا في الكافي وفيه نوع تامل لما ان الزند انما صار مرادا
في اية السرقة بدليل اخر وهو ما صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق
من الزند ولا دليل فيما نحن فيه على ان المصنف علل القطع بيد السارق من الزند

بقوله لان اسم اليد يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ
متيقن به وفي الكافي ان اليد ذات مفاطع ثلثة الرسغ والمرفق والابط
وكل واحد يحتمل ان يكون هو المراد لصحة اطلاق اسم اليد على الكل لكن
الاحتمال زال ببيانه عليه السلام حيث امر بقطع يد السارق من الزند
ولان هذا القدر متيقن به وفي الحدود يوجد بالمتيقن هذا لفظه
فظهر لك ان الزند انما صار مرادا في السرقة بالحديث او بانه المتيقن
وكل ذلك منتف هنا ولا يخفى انه لا يثبت العرف بارادة الزند من يد
السرقة حتى يدعي ان اليد اذا ذكرت في موضع القطع يراد به الزند
في العرف اللهم الا ان يثبت العرف بدليل خارجي فح لا يصلح حجة
لابي يوسف **قوله** لهما ان اليد آلة البطش والبطش يتعلق بالكف
والاصابع لاشك انه يتعلق بهما غير ان الاصابع اصل والكف معين
تابع لكن هذا التعليل يشير الى ان اليد هو هذه الجارحة من رؤس الاصابع
الى الزند وقد مرت الاشارة في اول الكتاب بقوله لولا هالاستوعبت
الوظيفة الكل الى انها اسم من الكل من الاصابع الى الابط **وجوابه**
ان اليد لغة اسم لهذه الجارحة الى الابط غير ان متعلق الدية ومنا
وجوبها هو فوات منفعة البطش وانها لا تتعلق الا بالاصابع والكف
فاسم اليد فيما يتعلق به من المنفعة كانه مقتصر على الزند فما ذكر في اول
الكتاب فهو على اللغة وهذا بالنظر الى المنفعة فلا تنافي **قوله** لانه تبع
للتابع اي لا يصير اصلا فيما صار تبعا لانه الى التضاد **فان قلت** الصبي
العاقل تبع لابويه في الاسلام حتى يصير مسلما باسلامهما وباسلام احدهما
مع انه اصل فيه ايضا حتى لو اسلم بنفسه كان اسلامه صحيحا عندنا **قلت**
الاسلام الثابت للصبي بعبارة ابويه لا يصير الصبي اصلا في ذلك الاسلام
وانما يصير اصلا في ذلك الاسلام وانما يصير اصلا في اسلام ثابت
بعبارته فظهر ان الصبي لا يصير اصلا فيما يصير تبعا **قوله** وفيها اصبع
قلت التقييد بالاصبع الواحدة يشير الى انه اذا لم يبق الا مفصل
فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل في الاكثر وهو رواية عن
ابي حنيفة رض وفي ظاهر الرواية يجب فيه ارش ذلك المفصل ويجعل
الكف تبعا **قوله** ولا الى هدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه
والاصابع اصل غرضا والكف قياما كما في الحاشية **وفيه** ان هذا
الوجه يوجب ان لا يهدر احدهما بل يرجح بالكثرة وان كان جميع الاصابع
او اكثرها قايما لما ان الكف اصل قياما مطلقا والاصابع اصل غرضا مطلقا

الامر بخلافه **قوله** وفي الاصابع الزائدة حكومة عدل مطلقا لا يقال
قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل يقتضي العشر لانا نقول خطابات
الشرع تدل على ما هو الاصل والمعتاد وهذا من العوارض النادرة كذا
في الحاشية وهو يشكل بما اذا خاف الجنب ان يقتله البرد او يمرضه ان
اغتسل وهو في المصر فانه يتيمم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وان كان تحقق
هذه الحالة نادرا في المصر لان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره عملا
بالنص فبهذا يظهر ان ماتنا ولما النص يجب اعتباره وان كان نادرا
اللهم الا ان نثبت ان مطلق اسم الاصبع لا يتناول الاصبع الزائدة فلا
يدخل تحت النص ثم اعلم انه لا قصاص فيه اما اذا لم يكن للقاطع اصبع
زائدة ظاهر كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام وان كان فكذلك
لان المساواة في القيمة قطعا ويقينا شرط ولم يوجد لان الواجب
في قطع الاصبع الزائدة حكومة العدل وانما تعرف بالحزور والظن
ولهذا لم يجب القصاص في اطراف العبد هذا من الذخيرة **وفيه
نظر** لما تقدم من ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة
من الشجاج مع انه لا مساواة هناك قطعا لان الواجب فيها ايضا حكومة
العدل وانها تعرف بالظن **وجوابه** هو ما ذكر في الذخيرة في وجه
ما هو ظاهر الرواية فيما قبل الموضحة حيث قال وقولهم المساواة في القيمة
شرط قلنا المساواة فيها انما تعتبر في الاطراف فاما فيما دونها من الجراحات
فلا وهذا لان قضية القياس في الاطراف ان يعتبر المساواة في الاجزاء
لا غير لكن اعتبرنا المساواة في القيمة بالنص وهو حديث عمران بن الحصين
رضي الله عنه والنص الوارد باعتبار المساواة في القيمة في الاطراف
وامر الاطراف اهم لان في قطعها تفويت المنفعة والحاق الشين لا يكون
واردا في هذه الشجاج وفيها الحاق الشين دون قطع المنفعة فيرد هذه
الشجاج الى قضية القياس ثم ذكر في الشاهان **فان قلت** قطع الاصبع
الزائدة ازالة عيب فينبغي ان لا يوجب شيئا **قلت** لا بد وان يتألم لنا في
بقطعه فلذا يجب حكومة عدل تم لفظه **قلت** هذا لا يكاد يستقيم على مذهب
ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يقول بوجوب حكومة العدل للالم
حتى ان من شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش
عنه ولا يجب شيء وسيأتيك تحقيقه فالاوجه ان يقال قطعها ان
كان يزيل شين الزيادة فهو يحقق شينا اخر لما فيه من بقاء الاثر الذي
بشينه لا محالة فتعارضا فبقي الاعتبار لكونها جزءا من اجزاء الآدمي

وانه يوجب الارش لانه اذا كان فيه ازالة الشين كما في حلق الشعرات
المعدودة في اللحية ولم يوجد هنا ازالة الشين للتعارض على نحو ما
قلنا فيجب الارش **قوله** لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
فان قلت في فناء العين ايضا ازالة الجمال مع انه لا يلزم في عين
الصبي الارش **اجيب** بان المقصود الاصلي فيها هو الرؤية والجمال تابع
والعبرة للاصل دون التبع بخلاف الاذن والمارن حيث لا يقصد
بهما الا الجمال فافترقا **قوله** وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف قال
الشارح ذكر ابي يوسف وقع سهوا لخروجه مخالفا لجميع روايات الكتب
المتداولة فينبغي ان يذكر محمد مكان ابي يوسف رح كما هو في الايضاح
او لا يذكر احد اصلا كما هو رواية المبسوط وشرح الجامع الصغير والذخيرة
والمغني **قوله** ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل بجامع كون كل مبطنا
فان قلت هل هذا الا قياس شبهي وقد انكره مشايخنا اجمع **قلت**
بل هذا معنى مؤثر وبيانه ان دية الموضحة انما تداخل في دية العقل
من حيث انه ليس للعقل موضع في الجسد يشار اليه فيتحد محل الجناية من وجه
وعند اتحاد المحل يدخل الاقل في الاكثر لئلا يلزم تكرار الضمان والكلام
ايضا مبطن ليس له موضع في الجسد يشار اليه لان المراد بذهاب الكلام
كونه بحيث لا يقدر على نظم الكلام ولا يتوهم المعاني على ما مر في الجناية
محل الجناية من وجه ايضا فيدخل الاقل في الاكثر
ولكن مثل هذا لا يستقيم في السمع لان له موضعا في البدن يشار اليه
لانها قوة مودعة في العصب المفروش في مقعر الصماخ يدرك بها الصور
بتطرق وصول الهواء المتكيف بكيفية الصوت الى الصماخ بمعنى ان الله
يخلق الادراك في النفس عند ذلك ولهذا قال في الايضاح وهذا
الفرق بين السمع والكلام وبين البصر على ما روي عن ابي يوسف رح
لا يتضح الا ان يقال تعيين موضع السمع على ما ذكروا ثابت بالدليل
الظني وبالظن لا يحصل القطع بتغاير محل الموضحة بل مع ذلك يبقى
شبهة اتحاد المحل وفي شبهة الاتحاد شبهة تكرر الضمان فيدخل الاقل
في الاكثر احتياطا هذا غاية ما يمكن في تصحيح دليل ابي يوسف رحمه الله
ولكن الكلام بعد محل نظر لما سيجيء ان الجنين جزء الام من وجه ونفس
على حدة من وجه ومع ذلك يجب ضمان الجنين مع ضمان الام وذلك بان
ماتت الام بعد ما القته ميتا مع ان فيه شبهة تكرر الضمان من حيث الجزء
لما عرف ان ضمان الكل بمقابلة جميع الاجزاء فعلم ان شبهة تكرر الضمان

لا ينافي

لا ينافي الضمان الا ان يقال في مسئلة الجنين في هذه الصورة روايتان
وفي احدهما لا يجب ضمان الجنين مع ضمان الام وسنذكر الروايتين من بعد
قلنا ان نمنع **قوله** وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولا جهة حسن
يعرف الفرق المذكور بين اسوداد السن بكسر البعض وبين شلل اليد
او الاصبع بقطع مفصل منه من حيث ان في الاول يجب الدية في السن
كله وفي الثاني يجب دية المفصل وحكومة العدل في الباقي مع ان الشلل
كالاسوداد على انه ذكر في شرح الطحاوي والجامع الصغير البرهاني والجامع
لقاضيخان رحمهم الله انه يجب دية الاصبع اذا شل الباقي من الاصبع ودية
اليد اذا شلت اليد ومن هذا قيل اراد بحكومة العدل في قوله وفيما
بقي حكومة عدل هو حصة ما بقي من الاصبع او اليد وانما سماه حكومة عدل
لان حصة ما بقي انما يتعين بالتوزيع وللرأي مدخل فيه ولهذا روى
الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه اذا قطع الكف من المفصل وفيها
دون اصبع فانه يعتبر الاكثر من دية الكف ودية ما بقي من الاصبع لان
ارش كل مفصل غير منصوص عليه وانما اعتبرنا ذلك بالمنصوص عليه
بنوع رأي وكون الاصبع اصلا بالنص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل
واحد يعتبر فيه الاقل والاكثر فعلم بهذا ان ما يثبت من الحصة بالتوزيع
فذلك يثبت بنوع رأي فجاز ان يسمى حكومة عدل **قوله** ولو قال اقطع
المفصل الى قوله له لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود لعدم المماثلة
لان الجناية الاولى كانت سارية وهي ليست في وسع المجني عليه والمماثلة
شرط وجوب القصاص فلم تنعقد تلك الجناية موجبة للقصاص ابتداء
وانما انعقدت موجبة للمال فلا يكون له على القصاص سبيل كذا في الشاهان
وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا لطمه او وكزه او ضربه بالسوط
حيث لا قصاص فيها ايضا لعدم امكان المساواة ولكن اذا رضي الضارب
به فانه يستوفى لانه انما امتنع الاستيفاء لحقه كيلا يستوفى فيه باكثر مما جنى
فاذا رضي فقد اسقط حقه في الزيادة هكذا ذكر الشارح في مسئلة ومن
ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين فلما جاز استيفاء الضرب برضاء
الضارب للوجه المذكور مع ان الضرب لم يقع موجبا للقصاص ابتداء
كان ينبغي ان يصح استيفاء القصاص ههنا ايضا اذا رضي المقطوع مفصله
بقطع المفصل وترك الباقي لان القصاص هنا قد امتنع لحق المجني عليه
فاذا رضي بسقوط حقه في الزيادة يجب انه يصح كما ان في تلك المسئلة
انما امتنع القصاص لحق الجاني ثم اذا رضي الجاني هناك بسقوط حقه

يستوفى القصاص كذا هنا **قوله** ولان الجناية الاولى سارية والجزاء مقيد
بالمثل وليس فى وسعه السارى **فان قلت** لم لا يكون من قبيل استيفاء
بعض الحق واسقاط الباقى **اجيب** بان الحق فى البعض انما يثبت فى ضمن ثبوته
فى الكل وهنا لم يثبت فى الكل فلا يثبت فى البعض والاستيفاء يتلو
الثبوت بخلاف صورة استيفاء البعض واسقاط الباقى لان الحق هناك
يثبت فى الكل فله ان يستوفيه او يتجوز بدون حقه **قوله** وكذا المحل متحد
من وجه لاتصال احدهما بالاخر وقد يقال اذا كان المحل متحدا من وجه
وجب ان يدخل ارش الموضحة فى دية العينين لان فى استيفاء دية كل على حدة
شبهة تكرر الضمان نظرا الى شبهة اتحاد المحل والتكرر حرام فكذا شبهته
قوله بخلاف النفسين اى النفسين اللتين رمى الى احدهما فاصابها السهم
ونفذ منها الى اخرى حيث يجب هناك القصاص فى الاولى ويجب الدية
للثانية ولا يوجب كونه خطاء فى الثانية شبهة الخطاء فى الاولى
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وقد يقال الجناية فى الثانية ان لم تكن
من سراية الجناية فى الاولى فالفعل وهو الرمى واحد اذ لا صنع للرامى
سوى الرمى وهذا الفعل قد صار خطاء فى الثانية فاورث شبهة الخطاء
فى الاولى كما اورث اتحاد الفعل شبهة وجوب الاغتسال فى حق المفعول
عند الايلاج فى دبر رجل اخر من حيث انه لا يلاج لما اوجب الاغتسال
على الفاعل لكمال السببية فى حقه لانزال والفعل واحدا اورث
شبهة كمال السببية فى حق المفعول فاوجبناه احتياطا **قوله** وبخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع يعنى لو قطع اصبعا فاضطرب السكين واصاب
اصبعا اخرى خطاء اقتص للاولى دون الثانية لانها قد صارت مقصودة
ونحن نسلم انها تصلح مقصودة وانما الكلام فى احتمال الاتحاد وذلك
عند السراية يكون وقد وجد كذا ذكر فخر الاسلام وكذا ايضا ذكر
فى الايضاح فقال بخلاف ما اذا انسل السكين الى اصبع اخرى لان القطع
فى اخرى ليس من اثر الفعل الاول بل الفعل كله مقصود وينفرد بحكمه ولا
يعلم ان فيما قال فى الكتاب بقوله لانه ليس فعله مقصودا نظرا فان
وان الصواب ما ذكره فخر الاسلام وابو الفضل كذا فى الشرح **قلت**
جاز ان يقال ان الضمير فى قوله لانه وقوله ليس عائد الى ذهاب العين
لا الى قطع الاصبع الاخرى باضطراب السكين من الاولى اى هذا بخلاف
بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع الاخرى لان ذهاب العين ليس
فعلا مقصودا بل اثر فعل الشجة الموضحة وقطع الاصبع الاخرى باضطراب

فعل مقصود ليس باثر الفعل الاول فلا يلزم من الاقتصاص هناك
الاقتصاص هنا ولكنه لم يذكر المقدمة الثانية لظهورها او نقول ان
المراد ليس اثر فعل مقصود بل قصد قصدا وهو قطع الاخرى فلا يصح
القياس عليه او نقول معناه ليس فعلا يقصد حصوله لغيره حتى يكون
اثر اله فيجعل متهما له بخلاف ذهاب العين فانه قد يقصد بفعل الموضحة
فيمكن ان يجعل متهما لها وبهذا يظهر ان لا مخالفة بين ما ذكره المصنف
وما ذكره الشيخ فخر الاسلام وابو الفضل **قوله** وقالا وزفر الصواب
من حيث الاعراب ان يقول وقالا هما وزفر لما ان العطف على الضمير
المتصل لا يحسن بدون الفاصل كذا فى الشرح ولا علينا ان نلزم هنا
نصب زفر بجعله مفعولا معه على نحو قولنا جئت وزيدا او نحمله على المذهب
الكوفى فانهم يرون العطف على الضمير المتصل المرفوع بلا تاكيد وفصل
حسنا **قوله** ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش
فى قول ابى حنيفة رح ان كان خطاء وسقط القصاص ان كان عمدا وقالا
عليه الارش كاملا عمدا كان او خطاء اما اذا كان خطاء فظاهر وكذا
اذا كان عمدا لانهما وان قالا بوجوب الارش بعد النبات فيما لا يقولان
بوجوب القصاص بعده على ما صرح به فى الشاهان فيما بعد فاذا لم يجب
القصاص لابد وان يجب الارش كاملا كما فى الخطاء لان الجناية لا تنعدم
بالنبات كما فى الخطاء فكان الواجب عندهما بعد النبات هو الارش
عمدا كان او خطاء وذكر فى المبسوط ولو قلع سن رجل فنبت كما كان
فلا شئ عليه فى ظاهر الرواية وقد روى عن محمد انه يجب حكومة عدل
بقدر ما لحقه من الالم وعن ابى يوسف رح يرجع على الجانى بقدر ما
يحتاج اليه من ثمن الدواء واجر الاطباء وابو حنيفة رح يقول لا يجب
شئ **قوله** اذ العروق لا تعود ليس المراد ان السن عرق وهو
لا يعود بعد الانقطاع حتى يخالف ما اشار اليه فى باب القصاص
فيما دون النفس من ان السن عظم حيث قال فى قوله عليه السلام ولا
قصاص فى عظم ان المراد غير السن ففيه اشعار بان السن عظم
على ما لا يخفى بل مراده ان السن المقطوع لا يلتزق بالعصب والعروق
فيكون وجوده وعدمه بمنزلة **قوله** فنبت سنا له اولا اى من غير
اعوجاج وان نبت معوجا يجب حكومة العدل **قوله** لانه تبين
انه استوفى بغير حق **فان قلت** على قولهما نبات سن الرجل بعد القلع
لا يسقط الواجب بالجناية كما اذا قلع سنه خطاء فنبت مكانها اخرى

لا يسقط الارش وسقط القصاص حتى ضمن للمنزوعة سنه اولاخمسمائة
دية سن النازع **قلت** اذا نبت السن زالت الجناية من وجه لزوال
اثرها وبقيت من وجه لان النبات بعد السقوط نعمة مبتدأة فلاعتبار
الجناية الاولى والقصاص لا يجامع الشبهات فاعتبر فيه جهة زوال
والمال يجامعها فاعتبر بقاء الجناية وينبغي ان يعلم ان على قولهما
ان كان يسقط به الارش لان الجناية تنعدم به على ما مر فيجب للمنزوع
سنه اولا على النازع مثل ما وجب له عليه فيلتقيان قصاصا **ثم هنا**
نوع شبهة لان الجناية قد تحققت عندهما بحيث لا يحتمل الانعدام
غاية الامر انه يتوهم اعتراض الشبهة بنبات السن ولكن توهم اعتراضها
غير مانع من استيفاء القصاص فاذا استوفاه كان استيفاؤه بحق
فاذا نبت السن بعد ذلك طرأت الشبهة وبالطارية من الشبهة لا تبين
ان استيفاءه كان بغير حق حتى يجب عليه الارش للثاني **وجواب** ان
اعتراض الشبهة بعد استيفاء القصاص انما لا يمنع اذا كانت الشبهة
ثبتت مقتصرة اما اذا ثبتت مستندة الى وقت الجناية الاولى فيمنع
اذ باستناد الشبهة اليها يظهر ان حقه لم يكن في القصاص فيجب للمنزوعة
سنه اولا خمسمائة للنازع وله على النازع مثل ذلك فيلتقيان قصاصا
قوله ولهذا يستأنى حولا في العمد اما الخطاء في البالغ فلا يستأنى
ذلك ولم يعتبر في حق المال لامكان التدارك فيه واعتبر في القصاص
لعدم الامكان كذا في الشاهان وذكر في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا
بالاستيفاء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام
في الجنايات كلها يستأنى حولا وذكر قبل هذا والاصل عندنا يستأنى
في الجنايات حولا عمدا كان او خطاء وذكر في العيسى انه ينتظر حتى يبرأ
موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد
التأجيل الا انه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدرى
عاقبته فحصل هنا ثلث روايات احديها انه يستأنى حولا في العمد والخطاء
جميعا في البالغ والصغير وثانيها انه لا يستأنى حولا في البالغ مطلقا
بل ينتظر حتى يبرأ موضع السن والثالث ان ينتظر في حق الصغير حولا
للقصاص والارش وفي حق البالغ للقصاص دون الارش **قوله** لان القول
للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وبيانه ان الشرع شرع الاستيناء
في تحريك السن حتى لا يجب شيء ان اشتدت او يجب ان اسودت او
سقطت فلو لم يكن القول للمضروب في التغير والسقوط يبطل فائدة الاستيناء

لانه

لانه لا يمكن له اثبات التغير بالبينة الا ان يستصحب مع نفسه شاهدين
في هذه المدة حتى يشهدا انها حدثت من ضرب الضارب وهذا متعذر
او متعسر كذا في الشاهان **قلت** بل في التأجيل فائدة قبل قول المضروب
او لم يقبل وهي ان لا يصير مستوفيا الارش بغير حق حتى اشتد بعد
ذلك وهذه الفائدة لا تبطل بقبول قول الضارب وكذا فائدة وجوب
الارش عند التغير او السقوط لا تبطل بقبول قوله لان قوله انما يقبل
مع اليمين وربما لا يحلف فيحكم عليه بالنكول او يقيم المضروب بينة على ما
ادعى او لا ينكر الضارب اصلا فيفيد الاستيناء فائدة وجوب الارش
في هذه الوجوه نعم لو لم يتصور ههنا سوى الاختلاف وحلف الضارب
لكان فائدة التأجيل مقتصرا على قبول قول المضروب وليس كذلك
فالاولى في التعليل هو ما ذكر في المبسوط حيث قال وان قال الضارب
قد اسودت من ضربة حدثت بعد ضربتي فكذبه المضروب فالقول
له مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادعاه والاصح ان القول
للضارب في القياس لانه ينكر السبب الموجب للضمان فان الضربة لا توجب
عليه الضمان ما لم يكن اسوداد السن بتلك الضربة فانكاره حدوث السواد
بها كانكاره اصل الضربة وفي الاستحسان القول للمضروب لان الموجب
للضمان على الضارب فعله وقد عرفنا حلول فعله هذا المحل وما يظهر عقيب
السبب يحال به عليه ما لم يعلم غيره لان الظاهر شاهد للمضروب لان
ما يدعيه الضارب من ضربة اخرى من غيره لم يظهر والقول قول من
يشهد له الظاهر مع يمينه كذا في الشرح نقلا من المبسوط **فان قلت**
ينبغي ان يكون القول للمضروب بعد السنة ايضا للفقه المذكور **اجيب**
بان التغير او السقوط بعد السنة بالضربة الاولى غير ظاهر لان السنة
مشتملة على الفصول الاربعة وهي الحرارة والبرودة واليبوسة والرطوبة
فالظاهر ان فصلا من فصول السنة يوافق طبع المجني عليه فيبرأ او يكاد
فيسقط او يتغير فكان مضي السنة في الغالب سببا للبرء او السقوط
او التغير فلما لم يسقط ولم يتغير فالظاهر ان التغير والسقوط بعدها
لضربة حادثة فيكون الظاهر شاهدا للضارب فيكون القول له
قوله ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات **قلت** المدعى
انما هو التأخير الى ان يبرأ والحديث ثابت بوجوب التأخير سنة
وبينهما بون لا يخفى الا ان يقال المعتبر هو البرء اذ به يحصل الامن
عن السراية الى الموت غير ان البرء قد يكون حقيقة وقد يكون حكما

بان مضى فانه لما مضى ولم يبرأ فيه مع اشتماله الفصول الاربعة لا بد
ان يوافق واحد منها مزاجه فيبرأ او يخالف فيهلك صار
كطبع خامس له وانه لا يسري الى الموت فصار في معنى البرء لحصول
الامن به عن السراية فقوله عليه السلام يستأنى الجراحات سنة
لا بد وان يحمل فيما اذا لم يبرأ عنه لان لم يشترط الا لحصول
الامن عن السراية والبرء في ايراث الامن عنها اقوى من الحول فاذا
اكتفى بالحول فبالبرء اولى والله اعلم **قوله** لانه مال وجب بالقتل
ابتداء **قلت** لو كان واجبا به ابتداء لكان ينبغي ان يجب على العاقلة
لما مر في الكتاب ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء فهي على العاقلة
وقد قيل ان الواجب في قتل الاب ابنه هو القصاص ابتداء الا انه
يسقط بالشبهة ويجب الدية كيلا يهدر الدم **ولئن قلنا** المراد بقوله
ابتداء هنا انه يجب من غير سابقة صلح فلا يتناقض **قلنا** بهذا المعنى
ان كان ينعدم التناقض فلا يخفى ان الواجب في قتل الاب ابنه
لو كان هو القصاص على ما صرحوا لم يكن هو مثل شبه العمد الواجب فيه
ابتداء هو الدية حتى يقاس عليه الا ان يقال انه وان كان لا يشابه
شبه العمد من كل وجه فهو يشابهه من وجه البتة لان المال في كل منهما
يجب من غير سابقة صلح فعملنا بالوجهين فمن حيث انه يشابهه قلنا
بالوجوب ومن حيث انه لا يشابهه قلنا بان الدية لا يتغلظ فيه كما
يتغلظ في شبه العمد **قوله** وهما ليسا من اهل العقوبة **فان قلت**
بل هما من اهلها اذا باشرا سبب العقوبة ولهذا يجب عليهما ضمان المتلفات
اجيب بان العقوبة انما تكون في جزاء الافعال كالكفارة وما يجب
عليهما من ضمان المتلفات فهو ضمان المحل لا جزاء الفعل فبهذا لا يتعدد
بتعدد المتلف **قوله** والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره
لانهما مرفوعا القلم هذا يشير الى ان الذنب لا بد منه لايجاب الكفارة
ولكن ذلك يشكل بالذي فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها او فعله وهو
مجنون او مغمى عليه فانه يجب الكفارة عليهم مع انه لا ذنب لهم

فصل في الجنين

قوله ففيه غرة وقال زفر لا يجب شيء
كذا في حاشية الكنز وحكي ان رجلا سأل زفر عن هذه المسئلة فقال
زفر فيه غرة عبدا او امة فقال السائل موته ان حدث من ضرب
الضارب يجب كمال الدية والا لا يجب شيء فتحير زفر وجاء عند ابي يوسف
فاجاب بمثل ما اجاب زفر فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد

كذا

كذا في بعض الشروح **قوله** ويروى وخمسمائة اي يروى عبدا وامة
قيمته خمسمائة او خمسمائة **قوله** اذا كان خمسمائة درهم قيد به احترازا
عن جنين الامة اذا كانت لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي رح
ولكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب
مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء كذا في الايضاح
والذخيرة وغيرهما والغرة في جنين الحرة لا تكون اقل من خمسمائة فلا يكون
في التقييد بقوله اذا كانت خمسمائة فائدة حينئذ كذا في الشرح وهل يصح
ان يقال في فائدة قوله اذا كانت خمسمائة ان المراد بقوله اذا كانت
خمسمائة هو كونها خمسمائة في تقدير الشرع اي اذا كانت خمسمائة بالتقدير
الشرعي فيكون احترازا عن جنين الامة لانها غير مقدرة بخمسمائة شرعا
سواء بلغ بخمسمائة او لا فلا يجب على العاقلة او يقال انما ذكر قوله
اذا كانت خمسمائة تنبيها على ان الغرة تصلح لان يجب على العاقلة لانها
خمسمائة والعاقلة تعقلها وانما لا تعقل اقل منها فكانه خرج مخرج التعليل
قوله لانه بدل الجزء والجزء في حكم المال وبدل المال لا يجب على العاقلة
هذا اذا لم يبلغ بدل الجزء ثلث الدية فصاعدا اما اذا بلغ ثلثها فصاعدا
يجب على العاقلة لان الثلث لكثرته بحكم الحديث في حكم الكل وكل الدية
على العاقلة وان كان بدل الجزء لانه وان كان بدل الجزء ظاهرا فهو
بدل النفس معنى لانها تجب لفوات جنس المنفعة الذي هو في حكم فوات
الكل **قوله** الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب من يقول
لما سماها عليه السلام دية وهي بدل النفس ينبغي ان يتحملها العاقلة وان
كانت دون خمسمائة لان بدل النفس يتحملها العاقلة قل او كثر بخلاف
ما دون النفس فان العاقلة لا تتحمل ما لم يبلغ خمسمائة فقال الا ان
العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان الغرة بدل الجزء من وجه كذا
في النهاية ان **قلت** لا فائدة لهذا السؤال والجواب لما تقدم ان
غرة الجنين لا يكون اقل من خمسمائة درهم على انه لا يصلح جوابا لان ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم ان العاقلة لا تعقل ما دون ارش الموضحة
فهو مقيد بما اذا لم يكن ما دونه بدل النفس الا يرى ان قيمة العبد المقتول
لما كانت بدل النفس بجهة الادمية تجب على العاقلة قل او كثر فتامل
ثم نقول قوله الا ان العاقلة لا تعقل ما دون خمسمائة لم يقع موقعه
لان ارش جنين الحرة لا يحتمل ان يكون اقل من خمسمائة وقيمة جنين الامة
وان كانت اقل ولكن لا تجب على العاقلة وان كانت خمسمائة فصاعدا

على ما ذكرنا من الرواية فلا يفيد قوله الا ان الحق لا بالنسبة الى جنين الامة
ولا بالنسبة الى جنين الحرة اذ الاول لا يكون اقل من خمسمائة والثاني
لا يجب على العاقلة قل او كثر **قوله** وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل
النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته وهذا يشكل لما عرف من مذهب
الشافعي ان غرة الجنين للام وعللوه انه بدل جزءها فالتعليل بقوله
لانه بدل النفس ثم التأييد بقوله ولهذا يكون موروثا لا يكاد يستقيم
على مذهبه ومن هذا قيل انه بطريق الالزام علينا لا بطريق اثبات
مذهبه ولكن يشكل بان الغرة لا تخلو اما ان كانت بدل النفس عنده
او بدل الجزء فان كانت بدل النفس ينبغي ان يكون موروثا ان كانت
بدل الجزء ينبغي ان يقضى به في سنة الا ان يقال انها ان كانت بدل
الجزء عنده فهي بدل النفس ايضا فمن حيث انه بدل الجزء يكون للام
ومن حيث انه بدل النفس قلنا بوجوبها في ثلث سنين عملا باعتبارين
وانما لم يعكس لان وجوبها على العاقلة دون الضارب ينبئ عن التخفيف
وهو في الاداء الى ثلث سنين ابلغ وقلنا ان اعتبار جهتي الجزء
والنفس بعكس هذا اولى لانه اوفق بما روي انه عليه السلام جعل
الغرة على العاقلة في سنة **قوله** لانه كان بدل النفس من حيث انه نفس
على حدة فهو بدل الجزء من حيث الاتصال بالام **فان قلت** فعلى هذا
ينبغي ان لا يجب الغرة اصلا لان كونه نفسا يقتضي ان يكون الغرة لورثته
كما هو مذهبنا وكونه جزءا يقتضي ان يكون للام كما هو مذهب مالك
والشافعي رح فاختلف المستحق ولا ضمان عند اختلافه كما عرف فيما اذا
قطع يد العبد خطأ فاعتقه مولاه ثم مات من ذلك **قلت** القياس
يقتضي ان لا يجب الغرة الا انا اوجبناه بالنص بخلاف القياس **قوله**
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة هذا هو
الصحيح وقوله اكثر بدون الواو بدل من قوله اقل اي اذا كان ذلك
الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ او اكثر وفي بعضها واكثر
وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدا حينئذ كما في الشرح وفي بعض
الشروح والتقريب انما يتأتى اذا كان نصف العشر اقل من الثلث
لما كان واجبا في سنة فلان يجب نصف العشر اولى **قوله** لان كل جزء
منها على من وجب يجب في ثلث سنين لان الدية مقدرة بثلث سنين
فلو اخذ من كل واحد من العاقلة ما يخصه في سنة واحدة لزم ان تجب
الدية بثلث سنين في هذه الصورة وهو خلاف ما ورد به الشرع **قوله**

واجبا في سنة لان الغرة مقدر بنصف العشر ولم يتعرض له **قلت** بل تعرض له دلالة لان ثلث الدية واكثر من نصف العشر صح

وان القته

وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وذكر
في الكافي في جنايات الحج انه لو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينا ميتا ثم
ماتت يجب قيمتهما لان الضرب سبب صالح لموتهما بخلاف من ضرب بطن
امرأة فالقت جنينا وماتت يجب ضمان الاصل لا ضمان الجنين لان الجنين
جزء من وجه ونفس من وجه وضمان العباد لم يبن على الاحتياط فلا يجب
بالشك وجزاء الصيد مبني على الاحتياط فرجحنا فيه شبه النفسية فاوجبنا
جزاهما هذا لفظه وهو يخالف المذكور هنا والله اعلم **قوله** فلا يجب الضمان
بالشك **فان قلت** لا عبرة لهذا الشك لان الموت قد حصل فان حصل
بالضرب فظاهر وان حصل بموت الام فكذلك لان موت الام سبب
لموته والضمان يجب بالتسبب كما يجب بالمباشرة واذا حصل المقصود
لا يبالي باختلاف السبب فلا يكون الشك في السبب معتبرا **اجيب**
بان ضمان الغرة ثابت بالنص على مخالفة القياس والنص ورد فيما اذا مات
بضرب به مباشرة وذلك انما يكون اذا القت ميتا وهي حية اما اذا ماتت
الام ثم خرج الجنين ميتا فحينئذ يتداخل الشك في موته بالضرب الموجب
للموت ظاهرا فلا يدخل تحت النص فيبقى على اصل القياس **وفيه نظر** لان
ضمان الجنين يجب بالتسبب ايضا فقد ذكر في الذخيرة ان من اشترى جارية
فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها متعمدة اسقاط الجنين او شربت ما يوجب
سقوط الولد او وضعت في قبلها ما يطرح به الولد وادخله في الرحم فسقط
الجنين ميتا ثم استحقها رجل بالبينة وقضى القاضي بالجارية والعقر يقال
للمستحق ان امتك قتلت ولد هذا الرجل وانه حر لانه ولد المغرور والجنين
الحر مضمون بالغرة فادفع امتك او افدها بالغرة وانما شرط التعمد لانها ليست
بمباشرة للاتلاف بل هي مسببة الى قتله والتسبيب انما يوجب الضمان اذا كان
بوصف التعدي وعلى هذا الحرة اذا فعلت ذلك بنفسها كان على عاقلتها
الغرة ويشترط ان تكون متعمدة هذا كلامه فعلم ان المباشرة والتسبيب
في اتلاف الجنين سواء فالاظهر ان يقال انما لا يبالي باختلاف السبب
اذا كان حكمهما واحدا اما اذا اختلف فيبالي به وحكم المباشرة والتسبيب
مختلف لان حرمان الميراث ووجوب الكفارة يتعلق بالمباشرة دون
التسبيب ويشترط التعمد في التسبيب دون المباشرة ثم ذكر في الحاشية
فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد او امة يتناول المتنازع
فيه **قلت** لا بد من اضمار كان قال في اتلاف الجنين والشك وقع في ذلك
ثم لفظها ولا يقال اماتة الجنين ليس بشرط لوجوب الضمان الا يرى انها

لو القت جنينا ظهر بعض خلقته ولم يتم يجب الغرة مع ان الروح لم ينفخ فيه لان
اماتته ان كان لا يشترط فاتلافه بالضرب واخراجه في غيره وانه شرط
البتة واذا القته بعدما مات يتداخل الشك في تلفه بالضرب اذ موت الام
ايضا سبب لتلفه فلا يجب الضمان بالشك قوله وفي جنين الامة اذا كان
ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى فان قيل فيه
تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان انثى اكثر من نصف عشر
قيمته اذا كان ذكرا وفي الديات يفضل الذكر على الانثى ولا تفضل الانثى
على الذكر قلنا هذه تسوية في الحقيقة والتسوية جايزة هنا بالاتفاق
وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الرجل
فصار العشر من هذا بمثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت
الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه لا مالكية
في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو
تساوي الذكر وربما يكون الانثى اسرع نشوا فلهذا جوزنا تفضيل الانثى
على الذكر لو تصور كذا في الكافي وفيه بحث اما في السؤال فلانه ان اراد
بقوله لان عشر قيمته اذا كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا
انه يحتمل ان يكون اكثر فهو صحيح ولكن الجواب لا يترتب عليه لظهور ان تنصف
ديتها من ديته لا يوجب ان يكون قيمتها نصف قيمته حتى يكون العشر من قيمتها
كنصف العشر من قيمته بل جاز ان يكون قيمته اكثر وقيمتها اقل وبالعكس
ولا شك ان قيمتها اذا كانت اكثر وقيمته اقل لزم ان يكون العشر من الاكثر
اكثر من نصف العشر من الاقل وفيه تفضيل الانثى على الذكر وان اراد
انه اكثر منه البتة فذلك غير مستقيم لانه انما يكون كذلك اذا كانت قيمتها
نصف قيمته البتة وذلك غير لازم واما في الجواب فلظهور ان التسوية
معنى انما تلزم لو كانت قيمتها على النصف من قيمته وذا غير لازم فالظاهر
ان يقال لما وجب الحاق القيمة في الرقيق بالدية في الحر لزم في جنين الانثى
نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وعشر قيمته اذا كان انثى كما يلزم في جنين الحرة
نصف عشر ديته اذا كان ذكرا وعشر ديته اذا كان انثى الحاقا للقيمة بالدية
ثم ما يلزم من تفضيل الانثى في بعض الصور يلزم اتفاقا والممنوع هو التفضيل
القصدي وبالجملة انه لما اوجب الشارع في الحر الذكر نصف عشر ديته
وفي الانثى عشر ديتها لزمنا في الرقيق ان نوجب في الذكر نصف عشر قيمته
وفي الانثى عشر قيمتها اذ القيمة في الرقيق كالدية في الحر قوله ولنا انه بدل
نفسه لان ضمان الطرف لا يظهر الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين

فكان

فكان بدل نفسه وقد يقال هذا يناقض ما ذكر اولا من انه بدل الجزء من حيث
الاتصال بالام ولذا يتأجل الى سنة لان بدل البعض اذا كان اقل من ثلث
الدية يجب في سنة فلو كان المعتبر في ضمان الجزء هو النقصان لزم ان لا يكون
الغرة بدل الجزء اصلا لانه لا معتبر بالنقصان في الجنين فلا يصح التقريب الذي
ذكره المصنف في بدل مسئلة التأجيل الى سنة قوله وكذا ان الكفارة
فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها وقد يقال
حرمان الميراث عقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها الى غيرها
وقد مر ان قاتل الجنين يحرم عن ميراثه فالظاهر هو ما ذكر في الذخيرة
حيث قال والكفارة على الضارب لان قضية القياس ان لا يجب الكفارة
والضمان لكن تركنا القياس بالآثار في الضمان ولا اثر في الكفارة والمعنى
ان الجنين اذا انفصل ميتا اعتبر نفسا على حدة في حق غيره من العباد وفي حق
بعض الاحكام حتى يصير الجارية ام ولد له وتصير المرأة نفساء ويحل للمعتدة
الازواج وفي حق نفسه اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى لا يسمى ولا يرث
وكذلك في حق الله تعالى اعتبر عضوا من اعضاء الام حتى لا يقام عليه
صلوة الجنازة التي حق الله تعالى والكفارة حقه تعالى والجنين في حق الكفارة
كعضو من اعضائها هذا كلامه

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قوله ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه اذ المانع متعنت
اي المانع عن الانتفاع فان قلت فعلى هذا لا يجوز المنع اذا لم يضر بالمسلمين
لانه متعنت وقد ذكر في الكتاب ولكل واحد من عرض الناس ان ينزعه
مطلقا فجوابه انه ان كان متعنتا في المنع عن الانتفاع فهو ليس بمتعنت
في الخصومة في الوضع او في الرفع وان كان ذلك لا يصير بالعامة لان التدبير
فيما يكون حقا للعامة الى الامام لتسكين الفتنة والذي يضع بغير اذنه
يفتات على رأي الامام فيه فلكل واحد ان ينكر عليه ولم يكن هو في الانكار
متعنتا لانه ساع في تسكين الفتنة واي فائدة اعلى من هذه قوله لانه
يتعذر الوصول الى اذن الكل قلت ان كان يتعذر ذلك حقيقة فهو
ليس بمتعذر حكما لقيام الامام مقام الكل فيكون اذنه كاذنهم ولهذا
لو تصرف في النافذ باذن الامام فليس لاحد ان يخاصمه وان اجيب بان
كل واحد من عرض الناس قد لا يتيسر له المرافعة الى الامام فلم يشترط ذلك
تيسيرا رد بان المتصرف في غير النافذ اعتبر مباشرا للمنكر باعتبار
الافتيات على رأي الامام فلو اعتبر الوصول الى ذلك عسيرا لم يكن المتصرف
بلا اذنه افتياتا على رأي الامام ولم يكن ذلك منكرا باعتبار الافتيات

فلا يكون للواحد منهم المخاصمة في نقض تصرفه فالجواب ان الوصول الى اذن
الكل متعذر حقيقة متيسر حكما بالرجوع الى اذن الامام فجعلنا
للمتصرف ان ينتفع بما تصرف نظرا الى جهة التعذر واعتبرنا حق
كل واحد في النقض عملا بجهة امكان الوصول الى اذن الكل باذن
الامام **قوله** فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك **فان قلت** فيجب
ان لا يكون لواحد ان يخاصم **اجيب** بمثل ما مر **قوله** متعد بشغل
هواء الطريق بناء على ما مر من قوله وفي الطريق النافذ له التصرف
الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد
كانه هو المالك وحده حكما لئلا يتعطل عليه طريق الانتفاع **وجوابه**
ان التصرف المباح في الطريق العام مقيد بشرط السلامة واشراع
الجناح وان كان جائزا اذا لم يضر بالمارة فهو مقيد بشرط السلامة
لانه لو برئ على المرور وانه مقيد به فالاشراع ونحوه اولى فاذا لم يسلم
به النفس او المال كان تعديا اذ الاباحة المقيدة بشرط فائتة عند
عدمه او يقال هذا التصرف مباح بذاته ولكنه حرام باعتبار انه
يتضمن الافتيات على رأي الامام وسيأتيك في الكتاب الاشارة
الى هذين الوجهين **قوله** يضمن النصف اعتبارا للاحوال اي الحالتين
يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن شيئا ولو اعتبر الطرف
الاخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف والقياس انه لا يضمن
لانه وقع الشك في سبب الضمان وقلنا انه قتل بالميزاب لكنا لا نعلم
باي طرف قتله فجعل كانه اصاب الطرفان كما لو جرح انسان وسبع
ومات يضمن النصف ويجعل كانه مات من الجراحتين كذا في الحاشية
فان قلت لا حاجة الى تأويل الاحوال بالحالتين لانا لو اعتبرنا الاحوال الثلث
من اصابة الطرف الخارج واصابة الداخل واصابة الطرفين فالجواب
هكذا لان احد النصفين يجب في حالتين اعني حالتي الاجتماع واصابة
الخارج فقط ولا يجب في حالة وهي حالة اصابة الداخل فيجب ثلثاه
والنصف الاخر يجب في حالة وهي حالة اصابة الخارج ولا يجب في حالتين
وهي حالة اصابة الداخل وحالة اصابة الطرفين فيجب ثلثه فثلث هذا
هذا النصف مع ثلثي النصف الاخر يكون نصفا تاما **قلت** هذا الاعتبار
غير مستقيم لما عرفنا ان احوال الاصابة تعتبر واحدة وان كانت اكثر
حتى قالوا في رجل له عبد ولعبده ابن وله بنة ابنان فقال احد هؤلاء
ولدي والكل يصلح ابنا له انه يعتق من الاول ربعه ومن الثاني ثلثه

ومن كل

ومن كل واحد من الاخيرين ثلثة ارباعه وذلك بناء على اعتبار ان
احوال الاصابة واحدة والا لزم ان يعتق من الثاني نصف لانه يعتق
في الحالتين وهو ان يكون المراد هو او ابوه ولا يعتق في الحالتين وهو
ان يراد احد الابنين هذا او ذاك ولكن لما كانت احوال الاصابة واحدة
عتق ثلثه لا نصفه نعم احوال الاصابة قد اعتبرت متعددة في رواية
ثم التخريج الذي ذكرنا على هذه الرواية وجواب مسئلة العتق على اعتبار
احوال الاصابة متعددة خلاف ذلك وربما ذكروا جواب المسئلة
على هذه الرواية كما يفصح تصفح الكافي ثم بناء الجواب على اعتبار الاحوال
الثلثة اعني اصابة الداخل واصابة الخارج واصابة الطرفين اولى من بنائه
على اعتبار الحالتين اعني اصابة الداخل واصابة الخارج كما ذكر في الكافي
اذ لا وجه لاهمال الحالة الثالثة اعني اصابة الطرفين **قوله** اعتبارا
للاحوال لانه لا يمكن ترجيح احدهما على الاخر بخلاف ما اذا ماتت الام بالضربة
فالقت جنينا ميتا لا يجب شيء لانه يمكن الترجيح هنا لان الموت يوجد
اجزاء من الضرب فيضاف اليه كذا في الحاشية **وفيه نظر** لان ضمان الجنين
في هذه الصورة انما ينبغي باعتبار وقوع الشك في سبب الضمان على ما مر
في الكتاب ولو كان موت الجنين مضافا الى موت الام لكان ينبغي ان يجب
ضمانه على الضارب لانه صار مسببا لقتله وضمان الجنين كما يجب بالمباشرة
يجب بالتسبيب ايضا على ما حققناه وايضا الضرب مباشرة والموت
تسبيب والمباشرة راجحة فامكن ترجيح الضرب فالاوجه ان يقال
ان الجمع بين السببين انما يصح اذا كان حكمهما متحدا وفي مسئلة الجنين
حكم الضرب والموت مختلف على ما ذكرنا من اختلاف حكمي المباشرة والتسبيب
فلا جرم لم يجمع بينهما اما ههنا فالكل تسبيب فامكن الجمع فيجمع **قوله** ولو
استأجر رب الدار العملة الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال اخرج
الجناح للاجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي ولي حق الاشراع
من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قال ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان
على الاجراء ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سبق اسقط قبل
فراغ العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامره فكان له ان يرجع عليه
كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة يضمن الذابح ويرجع
به على الامر وان قال اشرعوا على فناء داري واخبر انه ليس له حق الاشراع
في القديم او لا حتى بنوا بامره وسقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم
من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا به على الامر قياسا واستحسانا

اللهم الا على قول من اعتبر احوال الاصابة احوالا
فانه يمكن ان يحمل الاحوال على الحقيقة
على قوله ٥

وان سقط بعد الفراغ فكذلك على جواب القياس وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر كذا في الشرح فهذا يشعر بان ما ذكر في الكتاب من التفسير واختلاف الجواب فيما اذا سقط قبل الفراغ او بعده فذلك اذا لم يقل المستاجر انه ملكي او لي فيه حق الاشراع ولكن التعليل الذي اشار اليه المصنف بقوله لان التلف بفعلهم الى اخره يدل على ان الجواب لا يختلف سواء قال انه ملكي ولم يقل لانه رتب وجوب الضمان على انقلاب فعلهم قتلا وكون القتل غير داخل في العقد فاذا كان فعلهم قتلا لم يكن داخلا تحت الامر سواء قال انه ملكي او لي حق الاشراع او لم يقل فاذا لم يدخل تحت الامر لا يضمن الامر به **قوله** يزلق به زلقت رجله تزلق زلقا اي دحضت

قوله اما بالتصرف في حق غيره او بالاتلاف فثبات على راي الامام وهو مباح يتقيد بشرط السلامة **قلت** النكتة الاولى منظور فيه لما مر انه لما تعذر الوصول الى اذن الكل جعل في حق كل واحد كانه المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه الانتفاع هذا لفظ الكتاب وانه تصريح بان هذا التصرف في نفسه جايز وان كل واحد كانه هو المالك وحده ولا يكون متعديا بالنظر الى انه تصرف في حق الغير **قوله** فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا **فان قلت** لا عبرة بالظاهر مع التيقن بخلافه قلنا انه لا تيقن باعتبار انه يحتمل ان يكون كاذبا في قوله لا حق لي بالحفر فيه ولكن لا اقل من ان يكون ظاهرا في الصدق فيكون هذا معارضا بظاهر اخر الا ان يقال لما تعارضا تساقطا وصار كانه استاجرهم ولم يقل شيئا **قوله** والادب ان لا يقصد حفظ ما يلبس فيخرج بالتقييد بما ذكرنا اي بوصف السلامة مشكل لما مر في اخر فصل من قطع يد رجل ان استيفاء القصاص في الطرف مقيد بوصف السلامة حتى لو مات من اقتص منه فيما دون النفس بسراية الجراحة اليه يضمن المستوفي عند ابي حنيفة رح وعلله في الكتاب بان استيفاء القصاص مباح فيتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق مع ان الاحتراز عن السراية بعد القطع غير ممكن فمتى تقيد بشرط السلامة فيما لا يمكنه الاحتراز عن التلف فلان يتقيد فيما يمكن ولكن يخرج فيه اولى وجوابه سيأتيك **قوله** لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وقد يقال التسبيب لا يوجب الضمان الا بالتعدي فما كان من التسبيب بلا تعد لا يكون موجبا للضمان فلا يعارض التسبيب المقرون بالتعدي والترجيح يستدعي سبق المعارضة ولا معارضة هنا فلا ترجيح **قوله** ولا عرفان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو

مقيد

مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر فهذا نظير المندوب كذا في الحاشية **قلت** ذكر المصنف رح قبيل فصل الشهادة في القتل ان الواجبات لا تتقيد بالسلامة ومثله بالرمي الى الكافر حيث قال والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي فهذا يدل على ان الرمي الى الكافر واجب غير مقيد بشرط السلامة وما ذكر هنا يدل على انه مندوب مقيد بوصف السلامة ففي التوفيق نوع صعوبة

فصل في الحائط المائل

قوله واذا امتنع صار متعديا **فان قلت** اذا وضع خشبة في الطريق ثم باعه وبرئ اليه منها فما تلف به فضمانه على البايع دون المشتري وعلى ما ذكر هنا من وجه الاستحسان يقتضي ان يضمن المشتري ايضا اذا طولب برفعها فلم يرفعها حتى تلف بها مال او انسان **اجيب** بان المشتري وان صار متعديا بالامتناع عن رفعها بعد ما طولب به كصاحب الحايط لكن التعدي من البايع بالوضع اظهر من التعدي من المشتري بالامتناع عن الرفع فيضاف الضمان الى الراجح **قوله** ولانا لو لم نوجب عليه الضمان لا يمتنع عن التفريغ وقد يقال كيف يمتنع عنه وانه يجبر عليه ويحبس به لانه امتناع عن ايفاء حق مستحق فكل من امتنع عن مثله يحبس حتى يوفي كالغاصب اذا امتنع عن التسليم فالظاهر انه لا يمتنع حذرا عن الحبس فيرتفع الضرر عن العام **قوله** ولو عطب بجرة كانت على الحائط الخ اذا وضع الرجل على الحائط شيئا فوقع ذلك الشيء فاصاب انسانا فلا ضمان عليه لانه وضع على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدث في ملكه سواء كان الحائط مائلا او غير مائل لانه في الموضعين لا يكون ممنوعا من وضع متاعه على ملكه كذا في المبسوط ولكن في رواية المبسوط ذكر سقوط الجرة وحدها وفي رواية الكتاب يخالف رواية المبسوط وليس الامر كذلك لان في المبسوط وضع المسئلة فيما اذا اتلف بوقوع الشيء الموضوع على الحائط وفي الكتاب وضع المسئلة فيما اذا عطب بالجرة الواقعة في الطريق كما يشعر به تعليله بقوله لان التفريغ اليه اي تفريغ الطريق والالة عنه مفوض اليه **قوله** فعليه اي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط كذا في الشرح **قلت** لا حاجة الى التاويل بكل واحد بصحة افراد الضمير في مثله

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قوله لما اوطئت والصحيح وطأت الدابة لانك لا تقول اوطأت فلانا الدابة فوطئت اي القيته لها حتى وضعت عليه رجلها **قوله** او خبطت يقال خبط البعير الارض اي ضربها بجسدها كذا في الجوهري وفي الشرح الخبط الضرب باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسدك **قوله** ولا يتقيد فيما لا يمكن التحرز عنه الخ **قلت** هذا يشكل

على مذهب ابى حنيفة رضى الله عنه بما اذا استوفى من له القصاص فى الطرف
ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابى حنيفة رح وعلله بان استيفاء
القصاص من باب الاباحة والمباحات تتقيد بوصف السلامة فيتقيد الاستيفا
ووجه الاشكال ظاهر لان المباحات انما تتقيد بوصف السلامة اذا
امكن التحرز عنه على ما صرح به ههنا ولا يخفى ان التحرز عن السراية فى استيفاء
القصاص غير ممكن فكان فى التقييد به سد باب الاستيفاء وهو مفتوح فينبغ
ان لا يتقيد هناك ايضا الا ان يقال ان المباح ان كان من ضرورات
الانسان كالمرور فى الطريق انما يتقيد بشرط السلامة اذا امكنه الاحتراز
عنه اما اذا لم يكن من ضرورات الانسان كاستيفاء القصاص فانه مباح
ليس من ضروراتنا بل نحن مامورون بالعفو عنه ندبا يتقيد مثله بوصف
السلامة سواء امكننا الاحتراز عنه او لم يمكن لان التقييد به مطلقا
لا يفضى الى حرج بخلاف القسم الاول حيث يفضى الى سد باب ما هو لا حرج
على تقدير تقييد السلامة مع عدم امكان الاحتراز عنه فيشترط امكانه
دفعا للحرج **قوله** وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره اى انتقال
الفعل الى الحامل بحيث يكون المحمول آلة والحامل مباشرا انما يكون بالتخويف
بالقتل لا بالضرب وهذا تخويف بالضرب فلا ينتقل الفعل اليه
بحيث يكون مباشرا للاتلاف حتى يضمن تعديا ولم يتعد امكنه التحرز عنه او
لم يمكنه كما ذهب اليه الشافعى وبهذا المعنى يسقط ما ذكر فى الحاشية من انه
ينبغى على هذا ان لا يضمنه الراكب ولا السائق ولا القايد شيئا لانه لم ينتقل
اليهم فعل الدابة والتلف ولم يوجد بفعلهم حقيقة فسقط الضمان اصلا
وكذا اذا ارسل بهيمة وقد كان لها سايق فاصابت فى فورها يضمن لان
الفعل انتقل اليه بواسطة السوق مع ان التخويف بالقتل لم يوجد الى هنا
لفظها ووجه السقوط على ما ذكرنا من المعنى ظاهر لان المراد انتقال الفعل
بحيث يكون الحامل مباشرا على ما قاله الخصم لا الانتقال بجهة التسبب
حتى يرد مسئلة ارسال البهيمة وغيرها لان الانتقال هناك من حيث
التسبيب لا من حيث جعل الحامل مباشرا والمحمول كالآلة **قوله** لان فعله
مباح فى نفسه فلا يصح مسندا للاضافة فى حق الضمان وقد يقال سلمنا
انه لا يصلح مسندا لاضافة الضمان ولكنا لا نسلم انه لا يصلح لقطع اضافته
عن غيره وجاز ان يكون الشيء غير صالح لاضافة الضمان ويصلح لقطعه عن غيره
كفعل البهيمة فانه لا يصلح للاضافة ولكنه يصلح للقطع حتى لو فتح القفص
فطار الطير لا يضمن الفاتح فاعتبر فعل الطاير قاطعا للضمان عن الفاتح

ولا غير نظير

ولا غير نظير **قوله** فرجحنا بما ذكرنا **فان قلت** ما يصلح علة لا يصلح مرجحا
قلت القياس لا يصلح علة فى مقابلة النص فصلح مرجحا كذا فى الشاهان
قلت هذا مبنى على ما نقل عن بعض مشايخنا من ان النصين المتعارضين
ان كان لا يترجح احدهما بنص آخر ولكنه يترجح بالقياس لان القياس
غير معتبر فى مقابلة النص فكان بمنزلة الوصف للنص الذى يوافقه
فصلح مرجحا ولكن الاصح انه لا يترجح لان القياس من جنس ما يصلح
حجة بطريق الاصالة وان لم يكن حجة فى هذا الموضع فالوجه ان يقال
ان المراد بقولنا رجحنا هو ترجيح قولنا على قوله كما ذكر فى الشرح لا ترجيح
هذه الرواية التى ذكر كما هو المذكور فى الشاهان **قوله** فيأخذه ورثة
الحر المقتول **فان قلت** ينبغى ان يسقط من العاقلة لان الدية اولا
تثبت للميت حتى يقضى بها ديونه وينفذ منها وصاياه والورثة يخلفونه
والعاقلة يتحملون عنه موجب جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة
سقط عنهم كما قلنا فى المرأة اذا قطعت يد رجل خطأ ثم تزوجها على اليد
وما يحدث منه يصير الدية مهرا ويسقط عن العاقلة **قلت** انما يسقط
منهم اذا كان الراجع هو الجانى كما فى مسئلة المرأة اما هنا فالراجع على العاقلة
ورثة الجانى فبالنظر الى ان المستحق هو الجانى يسقط وبالنظر الى ان
الراجع عليه غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك كذا فى الشاهان **قلت**
قوله انما يسقط اذا كان الراجع عليهم هو الجانى منقوض بما اذا وجد الرجل
مقتولا فى دار نفسه حيث يجب الدية على عاقلته وراثته لورثته فالراجع
هو الورثة وهم جانى وهم قتلة تقديرا والعاقلة يتحملون عنهم وهم يرجعون
عليهم فعلم انه لا اعتبار للراجع انما الاعتبار للمستحق وهو المقتول لانه
المستحق والمالك والورثة انما يرجعون نيابة منه فكان هو الراجع فى الحقيقة
فيشكل فيما نحن فيه بان المستحق هو الميت والعاقلة يتحملون عنه فمن المحال ان
يرجع هو عليهم بموجب جنايته فالاوضح ان يقال فى الفرق بين مسئلة
التزوج وهذه المسئلة ان الدين يملك باضافة النكاح اليه فلما اضيف
الى ما تحملته العاقلة صارت المرأة مالكة لما فى ذمتهم فيكون العاقلة
متحملة موجب جنايتها لاجلها وذا لا يجوز فاما ههنا فالميت لا يملك
ما فى ذمتهم حتى يلزم تحمل موجب جنايته لاجله بل هو مملوك مولى العبد
الا ان حق الميت تعلق به بحيث لا يصح للمولى استيفاؤه لنفسه وذلك
ان العبد الجانى لا يدخل به فى ملك المجنى عليه بمجرد الجناية ما لم يدفع اليه
ولكن يتعلق به حق المجنى عليه فكذا بدله لا يدخل فى ملكه بل يتعلق به حقه

فاذا لم يملكه لا يلزم تحمل موجب الجناية لاجل الجاني لانهم يتحملون وذلك
لا يوجب السقوط عنهم بخلاف مسئلة المرأة لانها تملك بالنكاح عين
ما يتحملون عنها فيصير التحمل في الاخرة لها وذلك باطل فيسقط ضرورة
فان قلت كما ان المرأة الجانية تملك بالنكاح ما تحملت العاقلة عنها
كذلك ورثة الميت فيما اذا وجد الرجل مقتولا في دار نفسه يملك ما تحملت
العاقلة عنهم لكونهم قتلة تقديرا فينبغي ان يسقط عن العاقلة كما سقط
في مسئلة النكاح **اجيب** بان التركة قبل القسمة في حكم ملك الميت
حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فلا يدخل في ملك الجاني من كل وجه
حتى يسقط عنهم كيف ولو سقط باعتبار ان الملك في الحقيقة للورثة
يتضرر به الميت كثير ضرر ولان الورثة انما يملكون نيابة عن المورث
فكان المالك في الحقيقة هو الميت بخلاف المرأة فانها تملك بالنكاح
عين ما تحملته العاقلة اصالة لا نيابة ورب ما يثبت للشيء نيابة ولا
يثبت اصالة الا يرى ان من باع عبد غيره ثم برهن في حيوة رب العبد
على اقرار المشتري انه لم يأمره بالبيع فانه لا يقبل بينته لانه متناقض اما
لو مات رب العبد وورثه البائع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك تقبل
لانه في حيوة المورث لو قبلت بينته على هذا الوجه فانه يقبل من حيث انه اصل
ومن حيث هو اصل هو متناقض وبعد الموت انما تقبل من حيث انه نايب
عن الميت والميت لو ادعى بنفسه لا يكون متناقضا وكذا نايبه كذا في الكافي
قوله لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة فيصير مغرورا من جهته والمغرور
يرجع على الغار ولا يقال بان الغرور انما يوجب الضمان اذا كان في ضمن
عقد المعاوضة والغرور هنا ليس في ضمنه لان عقد المعاوضة انما يشترط
لوجوب الضمان بالغرور اذا لم يكن المغرور عاملا للغار اما اذا كان عاملا
له فيرجع وان لم يكن هناك عقد معاوضة الا يرى ان المودع يرجع
على المودع بما يلحقه من الضمان مع ان الوديعة ليست بعقد معاوضة وكذا
المرتهن يرجع على الراهن بالعهدة التي تلحقه والرهن ليس بعقد معاوضة
بل عقد تبرع على ما عرف وفيما نحن فيه القائد عامل للرابط لانه مأمور
بالقود من جهة الرابط دلالة ولهذا لا يرجع فيما اذا لم يكن مامورا
بان كان الربط حالة الوقوف لانه غير آمر في هذه الصورة بالقيادة
لا صريحا ولا دلالة ثم ههنا بحث وذلك ان الدلالة لا تعمل عمل الصريح
في حق الرجوع الا يرى ان المولى لو رأى عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا
ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على المولى

اما لو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا او
عبدا لغيره رجع الغرماء على المولى لان الاذن بالمبايعة مصرح به ههنا
وفي الوجه الاول مسكوت عنه فظهر ان الدلالة لا تعمل عمل الصريح في حق
الرجوع **وجوابه** ظاهر وذلك ان الرجوع على المولى عند ظهور العبد
حرا او مستحقا ليس باعتبار الاذن نفسه حتى يرجع عليه الغرماء متى وجد
الاذن منه بل باعتبار تقريره الناس بقوله هذا عبدي والتقرير
لا يثبت عند ثبوت الاذن بسكوته عند معاينة التصرف منه فلا يثبت
الرجوع المبني عليه ايضا **قوله** لان الراكب مباشر فيه الى قوله وهما مسببان
قلت نص بان الراكب فيما اوطأته الدابة مباشر وسايق الدابة فيما
اوطأته مسبب وانه مشكل لما ذكر في الكافي ان ضمان ما اوطأته الدابة
على السايق والراكب نصفين فلو كان الراكب مباشرا فيما اوطأته الدابة
والسايق مسببا وجب ان يكون الضمان على الراكب دون السايق ولا
عبرة بالتسبيب مع وجود المباشرة **وجوابه** ان الراكب ليس بمباشر حقيقة
لكن له شبهة المباشرة والشبهة ان كانت تكفي لايجاب الكفارة التي
غلب فيها معنى العبادة وليست بمعتبرة في وجوب الضمان فصارت الشبهة
في وجوب الضمان كالعدم فبقي كل منهما مسببا فيجب الضمان عليهما على انه
قد قيل ان الضمان على الراكب دون السايق فلنا ان نمنع **قوله** لان
الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصاله التلف بالقود
دون الربط ولا شك ان المباشر اقوى في اضافة الحكم اليه وبهذا يشكل
ما اشار في الذخيرة ان المسبب والمباشر انما لا يضمنان اذا كان
السبب شيئا لا يعمل مع الاتلاف متى انفرد عن المباشرة اما اذا كان
شيئا يعمل فيه عند الانفراد فحينئذ يضمن مع المباشر كالسايق مع الراكب
فانهما يضمنان ما اوطئت الدابة في الصحيح ولا يخفى ان الربط هنا
ربما يعمل في الاتلاف مع عدم القود **قوله** لان الفعل ينتقل اليه بواسطة
السوق **فان قيل** قد مر ان انتقال الفعل بتخويف القتل لا بتخويف
الضرب **قلنا** قد مر جوابه فلا يفيده **قوله** ولانه انما يمكن العمل بها
باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع
بفوات احدها **قال** الشارح والمعتمد هو التعليل الاول الا يرى ان
العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا ذكره الامام فخر الاسلام و انما
قال العينان لا يضمنان لانه ذكر الامام التمرتاشي بقوله لو فقأ الاحد
او فقأهما يجب القيمة ان يسلم الجثة وفي جامع بكر فقأ عيني الدابة فضمان

بالخيار ان شاء تركها على الاتفاق وضمنه القيمة وان شاء امسكها وضمنه النقصان وهذا لان المعول في هذا الباب النص والنص ورد في عين واحدة فيقتصر عليه الى ههنا لفظه **قلت** انها ان كانت ذات ربع اعين في الحكم فهو في الحقيقة ذات اثنين فعملنا باعتبار الحكم والحقيقة جميعا فقلنا بانه اذا فقأ احدى عينيه يجب الربع اعتبارا بالحكم واذا فقأ كلتا عينيه يجب القيمة ان سلم الجثة والنقصان ان امسكها كما هو الحكم في عيني المملوك عند ابي يوسف ومحمد وهذا لانا لو اوجبنا نصف القيمة بفقء عينيه وعندك علم بان ضمان العينين مقدر بضمان الكل وضمان الكل يوجب تملكه في محل يقبل التملك كما عرف في ضمان عيني المملوك لزم ان يتملك الجثة بتمامها عند اداء نصف الضمان وذلك غير معهود في الشرع لما فيه من فوت المساواة المطلوبة في ضمان العدوان فاضطررنا الى اعتبار الحقيقة في حق العينين فتعين اعتبار الحكم في حق احديهما فاوجبنا نصف القيمة في فقء احدى العينين وكلها في فقء كلتيهما وهذا هو المقصود **قوله** ومن سار على دابة في الطريق الى قوله كان ذلك على الناخس دون الراكب **فان قيل** القياس يقتضي ان يتغلب الحكم وهو ان يجب على الراكب دون الناخس لان الراكب مباشر والناخس مسبب **قيل** جوابه مندرج في تعليله بقوله لان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس وتفسيره ان الراكب وان كان مباشرا الا انه غير مختار لان الدابة هي التي وثبت فصار فعل الراكب منقولا الى الدابة والمباشر اذا كان مضطرا في المباشرة لا يعتبر مباشرته كما في الاكراه الكامل كذا في الشروح **قلت** هذا السؤال والجواب وقع في غير موقعه اذ الراكب انما يكون مباشرا فيما وطئت الدابة لا فيما نفحت او ضربت بيدها او نفرت فصدمت وانما هو في النفحة مسبب كالناخس والمصنف فرض المسئلة في النفحة والضرب باليد والصدمة لا في الوطء فلا يتوجه عليه هذا الاشكال الا ان يقال يحمل حكم الكتاب عاما تجوزا وحذف معطوف فيتوجه الاشكال او يقال المراد بقول الشارح الى قوله كان ذلك على الناخس هو ما ذكره المصنف اخرا من قوله ولو وثبت بنخسه على رجل فاوطأته وقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب فيتوجه الاشكال على مسئلة وطء الدابة المذكورة اخرا **قوله** ولان الناخس متعد في التسبب والراكب غير متعد وهذا التعليل لا يطرد فيما اذا كان الراكب مباشرا كما في صورة وطء الدابة رجله اذ التعدي لا يشترط في المباشرة

فكانت

فكانت المباشرة بلا تعد اقوى من التسبب بالتعدي فلا يستقيم ترجيح الضارب المسبب على الراكب المباشر **قوله** حتى اذا كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد بالايقاف ايضا **قلت** هذا على التعليل الثاني مستقيم اما على الاول فيجب ان لا يلزم الضمان على الراكب وان كان متعديا بالاتفاق لان الراكب مع المركب لما كان مدفوعا بدفع الناخس كان فعل الدابة مضافا اليه وكان الراكب خارجا من البين لانه واسطة الالة فصار كالجماد فينبغي ان لا يجب الضمان عليه بمقتضى التعليل الاول بحال وايضا قد مر انه لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء وطريق الشركة لان الربط من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط فلا يخفى ان الراكب عند الاتفاق من الناخس كالرابط من القائد وثمة يجب الضمان على القائد لقوته واتصال التلف وان كان يرجع على الرابط لانه هو الذي اوقعه فيه فكذا هنا ينبغي ان يضمن الناخس ولكنه لا يرجع على الراكب لان الراكب لم يوقعه فيه **قوله** وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس منفصل عنه يضمن عاقلة القائد ما اوطأت الدابة ثم يرجعون به على عاقلة الرابط مع ان الرابط امر بالقود دون الايطاء والقود منفصل عنه ووجه الفرق ان الرابط وان كان آمرا ولكنه امره على وجه لا يمكنه التحفظ من الايطاء حيث لم يعلمه بالربط فكان مغرورا من قبله فيرجع عليه دفعا للغرور حتى لو علم القائد بالربط لا يرجع عاقلته على عاقلة الرابط لعدم الغرور اما ههنا فالراكب امر بالنخس على وجه يمكنه التحفظ من الايطاء فاذا وطئت الدابة بالنخس وقع فعله ايطاء لا نخسا فيضمن ثم لا يرجع على الامر لانه في الايطاء ليس بعامل للامر حيث لم يأمره به وليس هو مغرورا فيه ايضا لتمكنه من التحفظ فلا يرجع عليه او نقول ان ما لا يمكنه الاحتراز عنه فهو يدخل تحت الامر كالنفحة فانه يدخل تحت الامر لعدم امكان الاحتراز عنه حتى لو امره بالنخس فنفحت لا يضمن الناخس والايطاء في مسئلة الربط ايضا مما لا يمكنه الاحتراز عنه في حق الرابط من حيث انه لم يعلم به فدخل تحت الامر فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بخلاف الايطاء في مسئلة النخس فانه يمكنه الاحتراز عنه فافترقا **قوله** وصار كما اذا امر صبيا الخ وقد يقال هذه المسئلة ليست بنظير للمتنازع فيها لان الامر في هذه المسئلة غير صحيح لعدم الولاية على الصبي

وانعدام ولاية الالتزام له فصار امره بتسييرها وعدمه بمنزلة بخلاف
امر الناخس فانه صحيح لانه من اهل الالتزام فافترقا قوله والضمان
في رقبته اي الضمان معلق برقبته دفعا وفداء قوله واذا كان صبيا
ففي ماله يحتمل ان يراد اذا كانت الجناية في المال او فيما دون ارش الموضحة
فقد ذكر في شرح المبسوط ان كان الناخس صبيا فهو كالرجل في ان
ضمان الدية على العاقلة لانه يؤخذ بافعاله وهكذا اورده خواهر زاده
في المبسوط والظاهر انه لا حاجة الى التاويل لما عرفنا ان الضمان في الحقيقة
يجب على الجاني غير ان العواقل تتحمل عنه لئلا يؤدي الى اجحافه فصح ان يقال
اعتبارا للحقيقة الامر ان الناخس اذا كان صبيا فالضمان في ماله
كما وقع في المبسوط في مسئلة القايد والرابط من قوله ضمن القايد ثم
يرجع به على الذي ربط فقد اعتبر وجوب الضمان على القايد وهو
واجب على عاقلته واعتبر الرجوع على الرابط وهو على عاقلته فظهر
ان الضمان فيما اذا وجب على عاقلته صح هناك اضافة الوجوب الى الجاني
في ماله نظرا الى الحقيقة الامر هذا وقد صح قوله في ماله بحذف المضاف
من الضمير اي في مال عاقلته ثم قوله في ماله اشمل من قوله على عاقلته لانه
لا يعم جناية المال وما دون ارش الموضحة بخلاف قوله في ماله لان
الجنايات باسرها على الجاني في ماله غير ان النفس وما فوق الموضحة يتحملها
العاقلة عنه والمال وما دون ارش الموضحة لا يتحمله فكان اشمل فكان اولى

باب جناية المملوك

الاصل ان جناية المملوك وان
كثرت لا يوجب الا دفعا واحدا اذا كان محلا للدفع وان لم يكن محلا
للدفع لا يوجب الا قيمة واحدة كذا في الكافي وينتقض هذا الكلي بما اذا
غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بين وليي الجنايتين نصفين لانه بالتدبير السابق لم يمنع
الا رقبة واحدة فلم يجب عليه الا قيمة واحدة ويكون بينهما نصفين
لاستوائهما ويرجع المولى بعد ما ادى قيمة العبد اليهما بنصف قيمته على الغاصب
لان نصف القيمة استحق عليه بسبب كان عند الغاصب فيجب على الغاصب
وباله ويدفعها الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة اخرى
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لان حق ولي الجناية الاولى في كل القيمة لانه
حين جنى لا يزاحمه احد فانعقدت الجناية موجبة استحقاق الكل انما
النقصان بعارض المزاحمة الثاني فما وجد شيئا من القيمة فارغا في يد المولى
اخذه حتى يتكامل حقه لانه مقدم على المولى واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه

على الغاصب

على الغاصب لانه استحق في يده بسبب كان عند الغاصب وكذا اذا كان
المغصوب قنا وباقي المسئلة بحالها الا انه يجب دفع القن الى وليي الجنايتين
ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع
به على الغاصب مرة اخرى بنصف القيمة ففي هذه المسئلة يجب على المولى
قيمة ونصف قيمة فينتقض به عموم قوله وان لم يكن محلا للدفع لا يوجب
الا قيمة واحدة وكذا ينتقض بمسئلة القن قوله جناية المملوك لا يوجب
الا دفعا واحدا حيث يجب مع الدفع نصف قيمة القن الى ولي الجناية الاولى
ثم قوله وان لم يكن محلا للدفع لا يوجب الا قيمة واحدة ليس كما ينبغي لما سيأتي
ان الواجب عند تعذر الدفع اقل الامرين من القيمة والارش اما القيمة
بخصوصها فلا فكان الواجب ان يقال لا يوجب الا الاقل من القيمة ومن الدية
قوله وقال الشافعي رح جنايته في رقبته اي موجب جنايته وهو الدية
واجبة على العبد يباع فيه قبل العتق ويؤخذ منه بعده كالعبد المديون
الذي ظهر دينه في حق المولى فانه يباع في الدين ويؤخذ منه الدين بعد
عتقه وحاصل الاختلاف ان موجب جناية العبد خطأ عندنا على المولى
وهو الدفع او الفداء يختار ايهما شاء وعنده موجب جنايته الدية وهي واجبة
على العبد يباع فيه ما دام رقيقا ويؤخذ منه اذا اعتق قوله لان العقل
اي وجوب العقل اي الدية على غير الجاني بالقرابة اي القرابة المؤكدة بالولاية
وهذه القرابة فائتة للعبد اما مع المولى فلانتفاء القرابة اذ لا قرابة بينهما
من حيث انه مولاه وهو عبده واما مع غيره فلانتفاء الولاية هذا الطريق
هو الصحيح في توجيه تعليل الشافعي رح ولفظ الكتاب لا يخلو عن بحث قوله
ان يتباعد عن الجاني قلت نعم ولكن لا تباعدا كليا بحيث لا يؤخذ الجاني
اصلا بل هو واحد من وجب عليه موجب الجناية حتى يؤخذ بما يخصه من الدية
عند الانقسام وهنا لا يؤخذ العبد اصلا ويكون كل الموجب على المولى
ولا يؤخذ العبد بشيء وهذا ليس باصل في جناية الخطاء وايضا ان التباعد
عن الجاني ليس الا للاحتراز عن اجحافه والاجتناب عن اجحاف الشخص
على وجه يوجب اجحاف غيره لا يجوز وفي ايجاب موجب جناية العبد على المولى
اجحاف المولى على ما لا يخفى والجواب عن الاول ان الدية انما يقسم
على الجاني وغيره من عاقلته اذا كان قادرا على اداء ما يخصه اما العاجز فلا
يؤخذ به كالزمن والمقعد من العاقلة والعبد عاجز ليس له اهلية الملك
حتى لا يجب عليه الكفارات المالية فكذا حصة الدية لا يجب عليه وعن
ان اجحاف المولى انما يلزم اذا اوجبنا عليه الدية حتما وليس الامر كذلك

الثاني

بل هو مخير بين الدفع والفداء بالارش ولا استيصال عليه بدفعه والله اعلم
قوله والمولى عاقلته وقد يقال سلمنا انه عاقلته ولكن العاقلة لا يعقل العبد
لقوله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا
ولا ما دون ارش الموضحة وجوابه ان قوله ولا عبدا يحتمل ان يكون معناه
عاقلة العبد لا تؤدي موجب جنايته وان يكون معناه ان عاقلة الشخص
لا تؤدي ما وجب عليه بجنايته على عبد وهو قيمته فيكون محتملا فلا ينافي
ما ادعيناه من وجوب موجب جناية العبد على عاقلته التي هي مولاه قوله
بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم قد نص المصنف فيما سياتي
بان الكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلف مللهم لان الكفر ملة واحدة
قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة ينبغي
ان لا يعقل هذا لفظه فقيل ما ذكرهنا محمول على ما اذا كانت المعاداة
بينهم ظاهرة وقيل معناه لا يديون التعاقل ولكنه ضعيف وسياتيك
وجهه قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقد يستشكل بان المولى
انما يوخذ بموجب جناية العبد باعتبار انه عاقلته اذ العبد يستنصر
على ما مر من قبل والعاقلة انما تحمل لا تحمل الا الارش فيكون هو الواجب
الاصلي غير ان للمولى ان يقول انما لحقني هذا البلاء بسبب ملكي فيه
فلي ان اتخلص عنه بنقل ملكي فيه الى المجني عليه فادفعه بالجناية
ولهذا من جعل الموجب الاصلي هو الدفع لا يجعل المولى عاقلة فقد ذكر
في الاسرار ان بعض مشايخنا ذكر ان الواجب الاصلي هو الارش
ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد رح ان الواجب
الاصلي هو العبد ولان المولى ليس بجان ولا عاقلة للعبد لان ولاية
القرابة منقطعة بالرق والمولى ما اشتراه ليواليه ويعاقل عنه
بل ليستخدمه هذا لفظه نقله الشارح فمن جعل المولى عاقلة للعبد
وجعل الموجب الاصلي هو الدفع دون الفداء بالارش كما فعل المصنف
فمذهبه مشكل ثم قوله في الصحيح احتراز عن رواية اخرى ذكرها
الامام التمرتاشي والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يبطل
هذا الواجب بدفع الجاني ويرد عليه ان الفداء يجب حالا فلو كان
هو الموجب الاصلي لوجب مؤجلا لان تعجيل الارش غير معهود وجوابه
ان الفداء جعل في الشرع بدلا عن العبد ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه
والتاجيل في العبد باطل فكذا في بدله ولا بعد ان يكون الشيء بدلا
وكان هو الموجب الاصلي للسبب كما في الغصب اذ الواجب الاصلي فيه

هو القيمة

هو القيمة عند اكثر المشايخ مع انها تجب بدلا عن المغصوب بالاتفاق ثم
بعض المسائل يدل على ان الموجب الاصلي هو الفداء وسننبهك عليه
ان شاء الله تعالى قوله ولهذا يسقط الموجب بموت العبد فان قيل
هذا لا يصلح بابتداء فانه اذا اتلف العبد مال انسان ثم مات يطالب
المولى بضمانه مع ان في اتلاف المال لم يشرع الدفع قلنا في اتلاف المال
الدفع حاصل ايضا لان الغرماء هم الذين يتولون بيع العبد فكان العبد
مدفوعا اليهم كذا في الشرح قلت في اتلاف المال الضمان انما يكون
على العبد دون المولى لان المولى عاقلته والعاقلة تعقل النفس دون المال
فيسقط بموت العبد ضرورة لانه مديون مات مفلسا اما الواجب
في اتلاف النفس من الدفع او الفداء فعلى المولى فلو كان الموجب الاصلي
في النفس هو الفداء لما سقط بموت العبد كما لا يسقط بموته صدقة الفطر
ولكنه يسقط فعلم ان الواجب الاصلي هو الدفع دون الفداء وهذا الاستدلال
صحيح نعم يشكل بان سقوط الواجب لا يدل على كونه الواجب الاصلي لجواز
ان يكون سقوطه باعتبار ان الفداء واجب بصفة اليسر واليسر انما يكون
في التخيير بين الدفع والفداء وعند تعذر الدفع بموته لا يبقى هذا اليسر
فلا يبقى الواجب اصلا ايضا اذ الواجب بصفة اليسر لا يبقى بدونه
كالزكوة تسقط بهلاك النصاب قوله وعندنا الواجب عين
وهنا اعتراض صعب وهو ان الواجب ان كان عينا كما ذكر فلا وجه له
اذ الاعيان لا توصف بالوجوب وان كان دفع عين كما احتمله اللفظ
على طريق حذف المضاف فهو معنى ولا مانع من التاجيل في المعاني ودفعه
ايسر الامور اذا انقنت كذا في الحاشية ووجه الدفع ان المعنى بتاجيل الاعيان
هو تاجيل تسليمها وكذا بتاجيل الديون اذ لا معنى لتاجيل العين والدين
سوى هذا غير ان تاجيل الاعيان بالمعنى المذكور باطل لان التاجيل شرع
للتحصيل ترفيها والعين حاصل وتاجيل الحاصل باطل اما الديون فغير حاصلة
فيصح تاجيل تسهيلا للازم في تحصيلها قوله فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع
اي في حق مولى العبد الجاني لان الواجب عليه هو دفع العبد غير انه ان
اراد ابقاء العبد لنفسه اداه ارش المقتول فداء عن العبد فكان الارش
في حقه عوضا عن العبد ولا تاجيل في العبد فكذا في بدله قوله وان مات
بعد ما اختار الفداء لم يبرأ الفداء اي سواء اختار المولى الفداء قولا
او فعلا لم يبرأ المولى عن الفداء كذا في الشرح قلت هذا التعميم ياباه قوله
لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى لظهور ان التحول انما يكون اذا اختاره

قوله

اذا الاختيار بالفعل يوجب سقوط الحق فمن المحال ان يوجب ثبوته وجواب
ان اختيار الفداء بالفعل لا يوجب سقوطه عن الذمة لما عرف ان
اداء الدين لا يوجب سقوطه عن الذمة بل تقرره فيجوز ان يكون الاختيار
به موجبا ثبوتها الدين في الذمة ويظهر فائدة فيما اذا استحق الفداء
من ولي الجناية فانه ياخذ من المولى او من تركته جبرا ولا يكون له
اختيار في دفع العبد ثم قد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين كفارة
اليمين من حيث ان احد الانواع لا يتعين في الكفارة بالقول وهنا
يتعين كل من الدفع والفداء بالقول كما يتعين بالفعل مع وجود التخير
في الموضعين والفرق ان المقصود في حقوق الله تعالى هو الفعل والمحل
تابع وفي حقوق العباد المقصود هو تعين المحل حتى يتمكن صاحب الحق
من الاستيفاء والتعين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل والحاصل ان
التخيير في مسئلة الكفارة في الاداء لا في التعين فلا يتعين بالقول وهنا
التخيير في التعيين والتعيين يحصل بالقول والفعل جميعا **قوله** لانه لما ظهر
عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية يستشكل بما
اذا حفر عبد بئرا في قارعة الطريق فوقع فيها انسان فمات فاعتقه
المولى عالما بالحفر والموت ثم جنى اخرى فعليه دية واحدة لولي الجنايتين
فيضرب الاول بجميع الدية والثاني بجميع قيمته عند ابي حنيفة رح لان دفع
الدية كدفع القيمة ولو اعتقه وهو لا يعلم وغرم قيمته للاول لا يغرم
للثاني شيئا بل يشارك الاول كذا هنا كذا في الكافي فلو كانت الجناية
بعد الفداء كان لم تكن وكانت الجناية الثانية كجناية مبتدأة لزم
ان يضمن المولى لولي الميت الثاني في هذه المسئلة قيمة العبد بتمامه
كما لو مات انسان في البئر بعد اعتاق العبد الحافر في قارعة الطريق
ابتداء وفيه يجب القيمة على المولى فكذا هذا وجوابه ان الضمان انما هو
بالحفر فيكون في الحكم كانهما ماتا معا ولو كان المولى اعتقه بعد وقوعهما
في البئر لم يضمن المولى الا دية واحدة فكذا هذا **قوله** ولو قتل واحدا وفقا
عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس
قلت وهذا يدل على ان الموجب الاصلي في جنايات العبد هو الفداء
بالارش دون الدفع كما قال المصنف رح اذ لو كان الاصل هو الدفع لكان العبد
في هذه الصورة بينهما نصفين لاستوائهما في استحقاق كل العبد لما عرف
ان صاحب الطرف يستحق دفع كل العبد كصاحب النفس فلما كانت القسمة
هنا باعتبار الارش دل على ان الارش هو الواجب الاصلي كما هو مختار الامام

التمرتاشي والامام فخر الاسلام رحمهما الله الا ان يقال الموجب الاصلي
في حق المولى ان كان هو الدفع فهو في حق ولي الجناية هو الارش واولياء الجناية
لا يقسمون الا على حسب حقوقهم في الارش **قوله** بخلاف الاقرار على رواية
الاصل يعني اذا اقر الذي في يده العبد بانه لفلان اي لا يصير مختارا للفداء
كما ذكر في الكتاب وهذا الذي ذكره انه لا يصير مختارا للفداء فيما اذا ثبت
بالبينة انه لفلان اما اذا لم يثبت فلا لانه ذكر في المبسوط ولو ان عبدا في يد رجل
جنى فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة لفلان فان اقام
على ذلك بينة اخر الامر فيه حتى يقدم الغائب والا خوطب بالدفع والفداء
وقال زفر رح هو مختار للدية بمجرد قوله لفلان لانه زعم انه لا سبيل له على دفعه
فيجعل هو مفوتا للدفع مختارا للفداء ولكنا نقول هو بكلامه هذا
يزعم انه ليس بخصم في هذه الجناية اصلا واختياره مبني على كونه خصما
فاذا ثبت بالبينة انه ليس بخصم فيه صار الاثبات بالبينة كالاثبات
بالمعاينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده وهو متمكن
من دفعه فيخاطب بالدفع او الفداء فان فدى ثم قدم الغائب اخذ
عبده بغير شيء لان ذا اليد متبرع في هذا الفداء وان كان دفعه فالغائب
بالخيار ان شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش كذا
في الشرح **قلت** ما ذكر في المبسوط لا يدل على ان الحكم الذي ذكره من انه
لا يصير مختارا للفداء مقيد بما اذا ثبت ذلك بالبينة اذ الحكم فيما
اذا لم يثبت بها ايضا كذلك كما يفصح عنه قوله وان لم يقم بينة فهو الخصم
باعتبار ظهور يده فيه فيخاطب بالدفع او بالفداء فلا معنى لهذا التقييد
نعم ما ذكر في الكتاب من قوله فان المقر له بالدفع اليه مقيد بما اذا ثبت
ذلك بالبينة اما اذا لم يكن فالمخاطب بالدفع هو المقر **قوله** ينتظم
البيع بشرط الخيار فان قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط
الخيار للبائع او عرض على البيع يصير مختارا للبيع ومجيزا له فكذا البائع
بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع يكون فاسخا فعلى هذا ينبغي ان يكون
مختارا للفداء **قيل** لو لم يكن المشتري مجيزا هناك كان التصرف
بالعرض واقعا في ملك الغير على تقدير الفسخ وكذا البائع لو لم يجعل فاسخا
كان تصرفه في ملك الغير على تقدير الاجازة اما ههنا لو لم يجعل مختارا
للفداء لا يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا ولان المشتري
او البائع لو لم يجعل مجيزا و فاسخا لا يصح شراؤه وبيعه لانه يكون شراؤه
وبيعا فيه غرر وهنا لا يلزم الغرر في حق الدفع كذا في الشرح وذكر

فى الشاهان فى جواب هذا الاشكال قلنا انما يصير مجيزا او فاسخا
لان المشترى لو لم يصر مجيزا ويقدر على الفسخ يكون تصرفه فى ملك الغير
وهو حرام وكذا البايع لو لم يجعل فاسخا يكون تصرفه فى ملك الغير
على تقدير الفسخ وكذا على تقدير الاجازة اما ههنا لو لم يجعل مختارا
للفداء فلو دفع العبد لا يتبين بالدفع ان تصرفه كان فى ملك الغير
وفيه نظر لما عرف ان بيع مال الغير بدون اذنه ليس بتصرف محظور
بل هو مأذون فيه دلالة على ما عرف فى فصل الفضولى انما المحظور
التسليم ولا كلام فى نفس البيع هل يكون اجازة وهو ليس بمحظور
فلا يتم الجواب **قوله** لانه يزيل الملك **فان قلت** اذا رد المشترى
بحكم الخيار هل يكون للبايع ولاية الدفع **قلت** ما ذكر فى الايضاح
من قوله ولو ان المولى كاتب العبد الجانى وهو يعلم بالجناية ثم عجز
فان كان خوصم قبل ان يعجز يقضى القاضى بالدية ثم عجز لم يرتفع القضاء
وان لم يخاصم فيه حتى عجز كان له ان يدفعه به لان الدفع لم يفت
على سبيل الاحكام لاحتمال ارتفاع فوات الدفع بالعجز يدل على ان
المولى ان خوصم قبل ان يرد عليه بحكم الخيار ويقضى عليه بالدية ثم
رد لا يرتفع القضاء وان خوصم فيه بعد الرد بحكم الخيار كان له
ان يدفعه ووجه الدلالة ظاهر ولكنه يشكل بان الفداء يتعين
بالقول بحيث لا يكون له ولاية الدفع بعد ذلك مع انه بعد اختياره
قولا يتمكن من الدفع فوق تمكنه منه بعد الكتابة او بالبيع بشرط الخيار
للمشترى فلا يكون له الدفع بعد الكتابة والبيع بشرط الخيار للمشترى
ايضا لان اختيار الفداء بهذين التصرفين ليس بادنى من الاختيار
قولا وبعد الاختيار بالقول لا يكون متمكنا منه فكذا بعد الاختيار
بهذين التصرفين ووجه الفرق ان الاختيار بالقول يثبت مطلقا
وبهذين التصرفين انما يثبت ضرورة تعذر الدفع فاذا عجز المكاتب
او رد المشترى الى البايع يرتفع التعذر المبنى عليه الاختيار فيرتفع
الاختيار ايضا اذ الضرورة تتقدر بقدرها اما الاختيار بالقول
فيثبت لا على وجه الضرورة فيبقى دايما **قوله** ولو ضربه فنقصه فهو مختار
اذا كان عالما بالجناية الا ان يرضى ولى الدم ان يأخذه ناقصا فلا ضمان
على المولى ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض
لا يكون مختارا للفداء لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن ولو خوصم
فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لعدم الاختيار

قد استحكم

قد استحكم بانضمام القضاء اليه **قوله** لانه لا يختص بالملك فاولى ان لا
يكون دليلا على الاختيار اذ التصرف المختص بالملك كالوطى من غير علوق
لا يكون دليلا عليه فغير المختص من التصرف اولى ان لا يكون دليلا **قوله**
بالاجارة والرهن فى الاظهر احتراز عما ذكر فى بعض نسخ الاصل انه
يكون مختارا فى الرهن والاجارة لانه اثبت عليهما يدا مستحقة فصار
كالبيع ووجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنتقض بالعذر فيكون قيام
حق ولى الجناية فيها عذرا فى نقض الاجارة والرهن يمكنه قضاء
الدين فاسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن دفعه بهذين الفعلين
فلا يجعل ذلك اختيارا كذا فى الشرح وقد يشكل بان المصنف رح
سوى بين الرهن والاجارة هنا فى انه لا يصير بهما مختارا للفداء وجعل
الرهن مثل البيع فى لزوم القيمة فى البيع الفاسد وفرق بينه وبين
الاجارة حيث قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه
او باعه وسلمه فهو جايز والكتابة والرهن نظيرا البيع لانهما لازمان
الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع بخلاف
الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر الى هنا لفظه فلا بد
من الفرق بين حكم الفداء ولزوم القيمة ووجه الفرق والله اعلم ان
الحاجة فى البيع الفاسد الى تقرير القيمة لا الى ايجابها لانها تجب بنفس
القبض الا انها تتقرر بتعذر الرد وهنا الى ايجاب الفداء لانه لا يجب
الا بالاختيار صريحا او دلالة والاجارة مع قيام العذر ليست بلازمة
اصلا فلم تعتبر لا فى ايجاب المال ولا فى تقريره اما الرهن فلازم من حيث
عدم تمكنه من نقضه غير لازم من حيث تمكنه من تخليصه باداء الدين
فاعتبر لازما فى حق التقرير دون الايجاب عملا بالاعتبارين ولم يعكس
لانه لو اعتبر لازما فى حق الايجاب وجب اعتباره لازما فى حق التقرير لانه
دونه فلم يتحقق العمل بالشبهين **قوله** يمكنه الامتناع عنه **فان قلت** لو قال
لها طلقى نفسك ثم حلف ان لا يطلق فطلقت نفسها بحكم التفويض حنث
مع ان تطليق المرأة بحكم التفويض مما لا يمكنه الامتناع عنه لامتناع العزل
والرجوع عنه **اجيب** بالمنع فان فى وسع الزوج الامتناع عن تطليقها بان
يقيمها عن المجلس بحيث لم يقم حتى طلقت نفسها بتفويضه صار كانه طلقها بعد
الحلف مختارا اجلاء فى التعليقات اذ الامتناع عنه ليس فى وسع الحالف
تتقيد اليمين بما وراه الى هذا اشير فى الكافى فى كتاب الايمان
وفيه بحث اما اولا فلما ذكر فى الكافى فى متفرقات كتاب الاقرار

من قوله مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد من الزوج
وكذب زوجها صح فی حقها دون حقه فلو آلی واقرت قبل شهرین فمهما
مدته وان اقرت بعد شهرین فاربعة والاصل انه متی امکنه تدارك ما
خاف فوته باقرار الغیر ولم یتدارك بطل حقه لان فوات حقه مضاف
الی تقصیره وان لم یمکنه التدارك لایصح الاقرار فاذا اقرت بعد شهر
امکن للزوج التدارك فی شهر بعده فلم یصر مبطلة لحقه واذا اقرت
لایمکنه التدارك ولو قال لها طلقی نفسك ثنتین او قال لاجنبی طلقها
ان شئت او قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق ثنتین فاقرت ووقعتا
له الرجعة لان التدارك لیس فی یده بخلاف الوکیل بتطلیقین لامکان
التدارك بالعزل هذا کلامه فقد فرق بین التوکیل بالتطلیقین
وبین تفویض التطلیقین الیها او الی الاجنبی ونص بان التدارك
فی التوکیل ممکن بالعزل دون التفویض فلو کانت القدرة علی ابطال
التفویض بالاقامة عن المجلس معتبرة لکان الحکم فی مسئلة اقرارها بالرق
واحدا فی التفویض والتوکیل فیما اذا قال
لها طلقی نفسك ثنتین متی شئت ثم اقرت بالرق لانسان ثم وقعتا حیث
یملك الرجعة ایضا لان تطلیقها نفسها کتطلیق الزوج ایاها حتی تحنث
فیما اذا الیها قال لها طلقی ثنتین متی شئت ثم حلف
فطلقت نفسها حنث ایضا مع انه لایمکنه التدارك بالاقامة عن المجلس
لعدم تقییده مثل هذا التفویض بالمجلس قوله والظاهر انه یفعل
وقد یقال هذا الظاهر معارض بظاهر اخر وهو ان دیته وعقله
لیعان عن قتل غیره فالظاهر انه لایعقله قوله لان الصلح کان عن کما ا
هذا ان کان یصح علی ما اختاره بعض المحققین من ان الوجوب الاصلی
فی جنایة العبد هو الفداء بالارش فلا یکاد یصح علی ما اختاره المصنف
ان الموجب الاصلی هو الدفع لظهور ان الواجب لما کان هو الدفع استحال
ان یکون دفعه صلحا عن المال للغیر الواجب لاستحالة ان یکون الواجب
الاصلی بدل الصلح فضلا ان یکون بدلا عما لیس بواجب وجوابه سیاتیك
ان شاء الله تعالی قوله فکان الصلح واقعا بغیر بدل فیبطل اذ لا بد
له من مصالح عنه والمال هو المصالح عنه ولم یوجد فیبطل الصلح قوله والباطل
لا یورث الشبهة وهذا یشکل بما ذهب الیه ابو حنیفة من ان من
تزوج امراة لا یحل له نکاحها کالام ومطلقة الثلث فوطئها لا یجب
علیه الحد علم بذلك او لم یعلم فقد جعل نکاحهن مورثا للشبهة فی الحد

مع انه باطل وجوابه ان المراد بالباطل ما لا یکون ثابتا ولا له شبهة الثبوت
ایضا ونکاح المحارم له شبهة الثبوت من حیث انه تصرف مصادف محله
من وجه لان محل التصرف ما یکون قابلا لمقصوده الاصلی والانثی من بنات
آدم قابلة للتوالد وهو المقصود بالنکاح فکان ینبغی ان ینعقد فی حق جمیع
الاحکام الا انه تقاعد عن افادة حقیقة الحل فیورث الشبهة بخلاف
الصلح بلا بدل فانه باطل من کل وجه لاستحالة ان یکون الصلح بلا بدل
وما کان باطلا من کل وجه ای غیر ثابت لا حقیقة ولا شبهة فهو معدوم
والمعدوم لا یورث الشبهة قوله کما اذا وطئ المطلقة الثلث فی عدتها
مع العلم بحرمتها ان اراد ان وطئها فی العدة وطئ باطل لا یورث شبهة
فلا یخفی ان نفس الوطئ المحرم لا یصلح لایراث الشبهة حتی ینتفی عنه باعتبار انها
باعتبار البطلان بل الصالح لذلك انما هو غیر الوطئ کصورة النکاح
وان اراد ان عدتها لا یورث شبهة فی درء الحد لبطلانها فلا یخفی
ان العدة لیست بباطلة بل هی صحیحة شرعا والمطلوب بالتمثیل هو تعرف
الباطل وبالجملة ان ما یتصور هنا ان یکون مورثا للشبهة لیس الا العدة
من حیث انها من آثار النکاح وانه علی تقدیر وجوده یمنع الحد فاثره یورث
شبهة المنع ولکنها لیست بباطلة حتی تکون تمثیلا لکون الباطل لا یورث
الشبهة وما هو الباطل وهو الوطئ فهو لا یصلح لایراث الشبهة لان شبهة
درء الحد بناء علی شبهة الحل فی الوطئ واستحال ان یورث الشئ شبهة
فی نفسه الا ان یقال المراد بالباطل ما هو المعدوم من کل وجه ای
وکان الصلح معدوما والمعدوم لا یورث الشبهة کما اذا وطئ معتدة الثلث
فان ما هو الموجب للحل لما کان معدوما فیه لم یؤثر شبهة فی درء الحد
وذلك ان العدة وان کانت من آثار النکاح فهی لیست بموجبة للحل اصلا
حتی تورث شبهة بخلاف النکاح فانه یوجب الحل فی الجملة فیورث
صورته شبهة فالتشبیه فی انعدام ما یورث الشبهة قوله ووجهه ان العفو
وان صح ظاهرا الخ وقد یشکل بان المراة اذا قطعت ید رجل عمدا فتزوجها
علی الید ثم مات من ذلك تجب الدیة علیها ویسقط القصاص لان التزوج
علی الید یتضمن العفو عن القصاص فی الطرف وهو یورث شبهة
العفو عن القصاص فی النفس فیسقط الی هنا سبقت الاشارة فی کتاب
فقد اعتبر التزوج مسقطا الجنایة والصلح مقترا لها مع ان النکاح
والصلح عن دم العمد من واد واحد کما عرفت فی کتاب الصلح فلا بد من وجه الفرق
قوله اذا جنی العبد الماذون له جنایة موضوع المسئلة ما اذا کان قیمته اقل

من الدين ومن الارش قوله بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء
وانما يرى الدفع لان فيه توفير الحقين لان حق الغرماء فى البيع يبقى
وان زال العبد عن ملك المولى بالدفع وفى البداية بالبيع ابطال حق
الاولياء لان المبيع يزول عن ملكه فكان البداية بالبيع مما يبطل حقنا
وان حصل البيع بغير رضاء اولياء الجناية لانه لا سبيل الى تضمين
المولى لان العبد زال عن ملكه بغير صنعه بل بصنع القاضى فلم يكن على المولى
شئ ولا سبيل الى اتباع المشترى لان الجناية ما وجد فى ملكه كذا
فى الشاهان وذكر فى الايضاح ولو دفعه المولى الى اولياء الجناية لم يضمن
لاصحاب الديون شيئا لان هذا حكم مستحق عليه الا يرى ان القاضى
يجبره على ذلك فاذا فعل عين ما هو مستحق لم يضمن شيئا ولو دفع الى اصحاب
الديون بديونهم لزمه الارش ان كان عالما والقيمة ان لم يكن لان
ما فعله غير مستحق عليه بل المستحق عليه الدفع الى ولى الجناية ثم يباع
فى الدين على ملكه فكان دفعه بالدين تفويتا للدفع الى اولياء الجناية
فيضمن ولو ان القاضى باعه فى الدين ببينة قامت عنده ثم حضر
اصحاب الجناية ولا فضل فى الثمن سقط حق ولى الجناية لان القاضى
لا يلزمه عهدة فيما يصنع ولو فسخ البيع ودفع بالجناية لاحتجنا الى البيع
ثانيا فيفسخ بخلاف المولى اذا باع لانه يجوز ان يجب عليه الضمان بفعله
كذا فى الشرح قلت ثم لو فسخ البيع ودفع الجناية احتجنا الى البيع
منظور فيه لجواز ان لا يحتاج الى البيع بعد الفسخ والدفع بل يختار
ولى الجناية فداء العبد بالاقل من القيمة والدين قوله بخلاف
الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها
اثر الفعل الحقيقى وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبة الجانية خالية
عن حق ولى الجناية فلذلك لم يجب القود بالسراية هذا لفظ الكافى
وهو مشكل لما ذكر فى الكافى فى باب التحالف حيث قال اشترى امتين
او امة فولدت فقتلت احديهما الاخرى فى يد البايع اخذ بكل الثمن
او يترك لان الجناية فى عنقها فصارت قايمة مقام الشخصين وهذا
لان الجناية معتبرة وان كانتا مملوكتين لمالك واحد فقامت القاتلة
مقام المقتولة بخلاف موت احديهما وشراء الحمار والشعير فاكل
الحمار الشعير حيث يأخذ بحصته من الثمن لان فعله جبار وهذا لفظه
وهو تصريح بان الجناية تتعلق بعنقها فوجب ان يسرى الى الولد
وان لم يكن متعلقا بها كما صرح به هنا وجب ان لا تقوم القاتلة مقام المقتولة

لانها

لانها قبل الدفع خالية عن حق ولى الجناية فالصحيح هو ما ذكر فى الذخيرة
ان الولد انما لا يدخل فى جنايتها لانها حين ولدت لم تكن لولى الجناية
ملك ولا حق مستقر فى العين وما يسرى اما الملك واما الحق المستقر
فى العين وليس لولى الجناية فى الامة ملك لانها بنفس الجناية لا تصير ملكا
لولى الجناية ولا حق مستقر لان استقرار الحق فى العين انما يثبت اذا
صار صاحب الرقبة ممنوعا عن التصرف فى رقبته او منفعته ولم يصر
المولى ممنوعا عن التصرفات فى رقبتها بيعا وهبة ولا فى منفعتها اجارة
واستخداما فصار كحق الفقير فى قدر الزكوة بعد حولان الحول لما كان
غير مستقر لم يسر الى المتولد من المال الذى وجبت فيه الزكوة والله اعلم
قوله والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية
فان قلت يشكل على هذا سراية وجوب الدفع اى الارش الذى اخذه
المولى بسبب جناية جنى عليه حيث يدفع المولى ذلك الارش معها الى ولى
الجناية فلما لم يسر الى جزءها باعتبار انه اثر فعل حقيقى كان اولى
ان لا يسرى الى ما هو ليس بجزء منها قلنا حق ولى الجناية كان ثابتا
فيها بجميع اجزائها والارش عوض عن الجزء الغايب فيثبت حقه فى عوض
خدمتها ايضا الا يرى انها لو قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفع
تلك القيمة الى ولى الجناية فكذا اذا اخذ عوض جزء منها اما الولد
فليس بعوض منها ولا من جزءها فلا يستحق ولى الجناية كذا فى الشرح
نقلا عن المبسوط وهو مشكل لما ذكر فى الكافى فى متفرقات الوصايا
حيث قال وان اوصى بهبة امة له او صدقتها عليه او ببيعها وتصدق
ثمنها على الفقراء سرى الى بدلها المدفوع بالجناية عليها وارشها وولدها
كولد الاضحية بخلاف ولد الزكوة فانه اذا كان النصاب امة فحال الحول
ثم ولدت ولدا لا يسرى حق الزكوة الى الولد ولو اوصى بان يكاتب امته
بعد موته او يعتق او يباع من فلان او يباع من نفسها فهذه الوصايا
لا تسرى الى ولدها وارشها والعبد المدفوع بالجناية عليها والاصل
ان كل حق ثبت فى المحل فى عينه وماليته سرى الى ولده وارش طرفه والعبد
المدفوع بالجناية عليه وان ثبت فى عينه لا فى ماليته لا يسرى الى ما ذكرنا
ففى الفصل الاول نزل الحق فى ماليتها وفى الثانى لم ينزل فى ماليتها الا يرى
انه لا يثبت فى قيمتها اذا قتلت هذا كلامه ووجه الاشكال ان حق ولى
الجناية ان كان فى عين المحل وماليته وجب ان يسرى الى الولد والارش جميعا
كما فى مسئلة الهبة والا وجب ان لا يسرى الى الارش ايضا فسرايته الى الارش

دون الولد مشكل بناء على الاصل المذكور في الكافي قوله فلا شيء له اي من القيمة والدية قوله وابراء العبد اي من كل الدية لا من قسط لان العبد مأخوذ بما يخصه من الدية اذا ثبت الاعتاق وقد يقال العبد ليس بمأخوذ بكل الدية لا قبل الاعتاق ولا بعده والابراء يتلو الوجوب ولو اعتبارا وذلك لما عرف ان موجب جنايته قبل الاعتاق على المولى على العاقلة ولئن قيل موجب الجناية يجب على الجاني ثم يتحمل عنه العاقلة ان كان حرا والمولى ان كان عبدا لان المولى عاقلته كما مر وهم يتحملون عن الجاني فكذا المولى قلنا هذا الوجوب لا يسقط عن العبد بعد الاعتاق فلا يتصور ابراؤه عنه قوله والمولى يعني بجهة الملك وبعد الاعتاق لو اخذ المولى اذا لم يكن له عصبة غيره فانما يؤخذ من حيث انه عصبة لا من حيث انه سيده قوله ما اسند الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ويقال الكلام في الضمان لحق المقطوعة يدها والماخوذة منها المال والرق وان كان لا ينافي ضمان اليد والمال لحق غيرها وهم الغرماء فهو ينافيه لحقها وانها بدعوى الاخذ في حال الحرية تدعي ضمانا لحق نفسها والولي ينكر ذلك باضافة الاخذ الى حالة منافية لوجوب الضمان لحقها فيجب ان يعتبر قوله وايضا الرق ينافي الضمان بنفسه وانما يجب الضمان في المديونة بعارض الدين ولا عبرة للعوارض في قواعد الشرع الا يرى انه لو برهن على قطعه يدها او اخذه مالها وهي امة لقبل بينته ولو كان احتمال ان تكون مديونة معتبرا في وجوب الضمان لم تكن هذه البينة وقع الضمان عنه قوله لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر ويقال بل قد يجب العقر بوطي المولى امته بان كانت مكاتبة قوله واذا امر العبد المحجور عليه صبيا اي صبيا حرا لان وجوب الدية على عاقلة الصبي انما يستقيم ان لو كان الصبي المأمور حرا اذ لو كان عبدا كان مولاه مخيرا بين الدفع والفداء كذا في الشرح قلت لو كان المراد به الصبي الحر لم يكن في التقييد بالعبد المحجور فائدة لما ان المأمور اذا كان صبيا حرا فالجواب لا يختلف بكون الآمر عبدا محجورا او مأذونا فيه اذ الرواية منصوصة في الجامع الصغير للامام التمرتاشي والامام المحبوبي انه اذا كان المأمور صبيا حرا والآمر عبد مأذون او محجور فقتل الصبي المأمور بقتل رجل ضمن عاقلة الصبي الدية مؤجلة الى ثلث سنين ولا رجوع لهم على العبد وان كان مأذونا في التجارة لان هذا الضمان ليس بضمان الغصب لان الحر

لا يغصب

لا يغصب وانما هذا ضمان جناية العبد وجناية العبد لا يلزم بعد الاعتاق الا يرى انه لو باشر الجناية ثم اعتقه مولاه لا يطالب هو بحكم ذلك الجناية كذا ههنا بل اولى لانه لما لم يؤاخذ العبد بعد الاعتاق بموجب جناية باشرها في الرق وجب ان لا يؤاخذ بموجب جناية اقر بها بعد الاعتاق بالطريق الاولى وهو ان امره بالقتل كالاقرار بالجناية ولو اقر بها لم يلزمه شيء لا في الحال ولا بعد العتاق سواء كان محجورا او مأذونا لان الاذن مختص بالتجارة والاقرار بالجناية ليس من توابع التجارة فكان المأذون والمحجور فيه سواء وايضا لو كان المراد الصبي الحر لا يستقيم قوله ويرجعون به على العبد الامر بعد الاعتاق لما عرفت ان العبد مأذونا كان او محجورا لا يؤاخذ بموجب الجناية بعد الاعتاق وانما يستقيم ان لو اريد بالصبي الصبي المملوك لان الامر اذا كان عبدا محجورا والمأمور صبيا مملوكا يؤاخذ العبد الامر بعد الاعتاق وان كان لا يؤاخذ به في الحال نعم يشكل على تقدير ان يكون المراد الصبي المملوك قوله فعلى عاقلة الصبي الدية من حيث ان الصبي لو كان عبدا فالواجب على المولى هو الدفع او الفداء الا ان يراد بالعاقلة في قوله فعلى عاقلة الصبي هو المولى لما مر ان المولى عاقلته لانه يستنصر به وبالدية الضمان على عموم المجاز وهو محمول على قول من جعل الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدية على عاقلته دون الفداء ثم اعلم انه لو كان الامر حرا كبيرا والمأمور صغيرا فقتله فالدية على عاقلة الصبي ثم يرجع بذلك عاقلته على عاقلة الامر لانه استعمل في حاجته ولحقه فيه ضمان فيضمنه فان قيل هذا الضمان لزمه بالقول وهو الامر فلا يتحمله العاقلة كما لو اقر بقتل او اشهد على رجل بقتل فقضي به وقتله الولي ثم رجع فالضمان في ماله دون العاقلة قلنا بل الضمان بالقول ولكن قول لا يحتمل الكذب وهو كالفعل المعاين حكما فيضمن العاقلة كرجل اشهد في حائط مائل فلم يهدمه حتى سقط فقتل رجلا كان الضمان على العاقلة وان كانت الجناية لزمته بالقول وهو الاشهاد لما ان الاشهاد لا يحتمل الكذب بخلاف الاقرار والشهادة لانه يحتمل الصدق والكذب كذا في الشرح وفيه نظر لان القول الذي لا يحتمل الكذب لو كان في حكم الفعل المعاين لكان ينبغي ان يؤاخذ العبد المحجور والصبي بضمانه في الحال كما يؤاخذان بضمان الافعال والمسئلة بخلافه فان العبد المحجور والصبي اذا امر صبيا بقتل رجل فقتله المأمور فالضمان على عاقلة المأمور ولا رجوع للعاقلة على عاقلة الصبي ولا على العبد المحجور في الحال قوله ويرجعون على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى

وقد زال قلت اما دعوى الرجوع على العبد الآمر بعد الاعتاق فمشكل
اما ان اريد بالصبى المامور بقتل رجل الحر كما ذهب اليه الشارح وعليه يدل
ظاهر قوله فعلى عاقلة الصبى الدية وقوله ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى
الآمر فلما مر من رواية الجامع انه لا رجوع لعاقلة الصبى على العبد الآمر ماذونا
كان او محجورا بعد عتقه ايضا وكذا ان اريد به الصبى المملوك بالتكلف الذى
ذكرنا فى قوله فعلى عاقلة الصبى الدية بان يراد بعاقلة الصبى مولاه وبالدية
الضمان اللاحق به لان مولى الصبى المامور بالقتل لو رجع على العبد الآمر
بعد عتقه فاما ان يرجع بالضمان الذى لحقه فى جناية مملوكه من حيث
انه لما امره بالقتل فقد تسبب لقتله فيكون قرار الضمان عليه فلا وجه
اليه لان ضمان الجناية بالمباشرة كان او بالتسبب على مولاه لا عليه
فيؤمر مولاه بالدفع او بالفداء وما يجب على المولى من موجب الجناية
فالعبد برئ عنه بعد العتق واما ان يرجع عليه لضمان الصبى المامور
بالقتل من حيث انه لما امره فقد استعمله واستعمال الصبى المملوك غصب
فكانه غصبه ثم هلك بسبب كان فى يده فيرجع عليه بضمانه ولا وجه
اليه ايضا لان الامر بالقتل لو جعل غصبا للصبى المملوك وجب ان يواخذ
به فى الحال لان ضمان الغصب لا يتاخر الى زمان الاعتاق واما التعليل
لقوله لان عدم الاعتبار لحق المولى فمشكل ايضا لان الامر بالقتل
ليس باقرار بالجناية حتى لا يواخذ به فى الحال بل هو تسبب للجناية
على الرجل المقتول والعبد يواخذ بضمان التسبب فى الحال لان المولى
عاقلته فيتحمل عنه وايضا هذا التعليل يقتضى ان يواخذ العبد بعد الاعتاق
فيما اذا امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله وانه لا يواخذ به بعد الاعتاق
ايضا قوله معناه ان يكون الآمر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما قال
الشارح ونعم ما قال هذا الحكم لا يحتاج الى كون كل منهما محجورا عليه فقط
لانه اذا امر المحجور عليه الماذون فيه فالحكم كذلك قلت جاز ان يكون
تقييد العبد المامور بالمحجور عليه للاحتراز عن المكاتب فيكون المراد
بالمحجور عليه غير المكاتب او عبدا يصير مضمونا بالغصب على عموم المجاز
اذا امر عبد مكاتبا فالضمان فى عتق المكاتب ولا غرم على الامر لانه
بمنزلة الحر فلا يصير مضمونا بالغصب قوله لان حقهم فى الرقبة او فى عشرين
الفا ظاهره يقتضى ان يكون حقهم فى احد الشيئين وليس كذلك
بل حقهم فى الرقبة وللمولى ان يفدى على ما هو مختار المصنف وحقهم
فى عشرين الفا وله ان يدفع كما هو مختار فخر الاسلام اما ان يكون الواجب

احد الشيئين

احد الشيئين من الدفع او الفداء فليس بمذهب لاحد والا لتعين الفداء
بموت العبد كذلك فالمعنى ان حقهم فى الرقبة كما هو الصحيح عندى او فى عشرين
درهما كما هو الصحيح عند الامام التمرتاشى والامام البزدوى قوله وعنده
يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق متعلق بالرقبة اعلم ان محمدا
ذكر مسائل متفرقة فى قسمة الحق على المستحقين بعضها عولية بالاجماع
وبعضها نزاعية بالاتفاق وبعضها عولية عند ابى حنيفة رضى الله عنه
نزاعية عندهما وبعضها على العكس وذلك ان المعنى الموجب للقسمة على طريق
المنازعة عند ابى حنيفة رض شيئان احدهما ان القسمة متى وجبت ابتداء
فى العين لحق ثبت لكل واحد على وجه التمييز يكون بطريق النزاع كما اذا
تنازعا فى خاتم يدعى جميعه والاخر يدعى فصه فالحلقة للاول والفص
بينهما نصفين والثانى ان يكون حق احدهما فى كل العين وحق الاخر
فى البعض الشايع فان القسمة بطريق النزاع والموجب للقسمة بالنزاع
عندهما ايضا معنيان احدهما ثبوت الحقين على وجه التعيين كما فى مسئلة
الخاتم والثانى ثبوت الحقين فى وقتين مختلفين سواء كانا شايعين
او احدهما شايعا والاخر معينا والمعنى الموجب للعول عنده شيئان احدهما
ثبوت الحقين فى الذمة وقسمة العين من ثمراته كما فى الديون المتحققة
فى التركة والثانى ثبوتهما فى العين ابتداء لكن على سبيل الشيوع كما فى المواريث
وعندهما شئ واحد وهو ان الحقين متى ثبتا على الشيوع فى وقت واحد
كانت القسمة بطريق العول سواء كان الشيوع فى الحقوق كلها او بعضها
اذا تقرر هذا فنقول معنى قوله لان الحق متعلق برقبته هو ان الحق واجب
فى الذمة متعلقا برقبته كما فى الديون المتحققة فى التركة وليس معناه ان
الحق هنا فى رقبة العبد ابتداء اذ لو كان كذلك لوجبت القسمة بطريق
المنازعة عنده ايضا لما عرفت ان الحقين متى ثبتا فى العين واحدهما شايع
والاخر متعين او كلاهما متعين فالقسمة نزاعية عنده فلا يستقيم هذا
التعليل والدليل على صحة هذا المعنى الذى ذكرته ما اشار اليه الامام
قاضيخان والمحبوبى رح فى هذه المسئلة حيث قال ولابى حنيفة ان اصل
حقهما ليس فى عتق العبد بل فى الارش الذى هو بدل المتلف والقسمة فى غير
العين يكون بطريق العول وهذا لان حق ولى الخطاء فى عشرة الاف
وحق شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة
الاف درهم الف لرجل والفان لاخر ومات المديون وترك الفا كانت
التركة اثلاثا ثم هذا التعليل يدل على ان الموجب الاصلى فى جناية العبد

هو الغذاء دون الدفع على خلاف ما اختاره المصنف رحمه الله قوله بطل الجميع
عند ابي حنيفة رحمه الله لان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف
يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب كل هذا النصف مالا ويحتمل
ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نصيبه
ونصفه في نصيب العافي فينقلب هذا النصف مالا وهو الربع فلما احتمل
هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا بالشك لان المال لا يجب بالشك كذا
في الشرح وقد يشكل هذا بما ذكر الشارح في كتاب العتاق في مسئلة ومن
كان له ثلثة اعبد حيث قال ان الاصل في اعتبار الاحوال في حالة لا
الاشتباه ما روي عنه عليه السلام بعث اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم
ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي عليه السلام فلما بلغ ذلك
الى رسول الله قضى عليه السلام بنصف العقل باعتبار الاحوال
وذلك ان السجود منهم يحتمل ان يكون لله تعالى فكان اسلاما فكان يجب
عليهم بقتلهم جميع الدية ويحتمل ان يكون لا لله لكن كان تعظيما للفئة على
عليه دابهم في السجود تعظيما لعظمائهم صونا عن شرهم فباعتبار هذه
الحالة لا تجب الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه اوجب النصف
واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا الى هنا لفظه ووجه الاشكال
ظاهر فعلم ان اثبات المال باعتبار الاحوال ليس من اثباته بالشك
بل فيه اعمال الجهتين فليعتبر ههنا الاحوال ايضا كما اعتبر المصنف رحمه الله
في باب ما يحدثه الرجل في الطريق عند قوله كما اذا جرحه سبع وانسان
في مسئلة الميزاب التي مرت وهي ما اذا سقط الميزاب فقتل رجلا ولا يدرى
اي طرف اصابه الداخل والخارج فانه يجب هناك نصف الدية اعتبارا
للاحوال فليجب هنا ايضا اعتبار الاحوال اذ لا فرق بين المسئلتين
وايضا ذكر في الكافي ام ولد قتلت سيدها ورجلا آخر ولكل وليان
فعفى احد وليي السيد والاجنبي ثم عفى احد وليي الآخر انها سعت لشريك
العافي اولا في اربعة من اثني عشر ولشريك العافي ثانيا في خمسة منها
وسلم لها ثلاثة لانه اذا عفا احد وليي احدهما انقلب نصيب شريكه مالا
ثم اذا عفى احد وليي الآخر ايضا انقلب نصيب شريكه مالا وحقه في نصف القيمة
شايعا فيكون نصفه في النصف الفارغ من القيمة ونصفه في النصف المشغول
منها فيكون بينهما على قدر حقيهما فلذا كان عليها السعاية في ثلثة ارباع قيمتها
هذا كلامه وانه اشارة الى ان ما ثبت في الكل شايعا يتوزع على النصفين
وليس فيه احتمال ان يتعلق باحدهما خاصة والا لزم في مسئلة ام الولد ان يكون

حق كل منهما في الربع لان ما ثبت لشريك العافي الثاني من نصف القيمة
ان اعتبر في النصف الفارغ من القيمة استحق كل النصف ولو اعتبر في النصف
المشغول استحق كل منهما الربع ولو اعتبر موزعا كان لشريك العافي الاول
ثلث القيمة ولشريك العافي الثاني ربعها وثلثها كما ذكر في الكافي فالربع مستحق
بكل حال وما زاد عليه مشكوك والمال لا يجب بالشك فيؤخذ بالمتيقن
ولكنهم اعتبروا التوزيع على النصف الفارغ من القيمة والنصف المشغول
منها فعلم ان الشايع متعلق بالنصفين جميعا وليس فيه احتمال تعلقه
باحدهما خاصة لان فيه ترجيحا بلا مرجح وانه باطل اجماعا والله اعلم قوله
وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رضي الله عنه وذكر في الزيادات
عبد قتل مولاه وللمولى وليان فعفى احدهما يبطل الجميع عند ابي حنيفة
ومحمد ولم يذكر خلافا وعلى قياس قول ابي يوسف رحمه الله ينبغي ان يكون الجواب
في تلك المسئلة ومسئلة الكتاب سواء كذا في الحاشية وهو المذكور
في المتن في بعض النسخ قلت بل ينبغي ان يكون الجواب في تلك المسئلة
كالجواب عندهما لان في تلك المسئلة المال الذي يجب بعفو احدهما ليس
انما يجب للمولى الميت والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف مسئلة
الكتاب لان المقتول فيها غير المولى فجاز ان يستوجب على العبد دينا
فافترقا والله اعلم فصل قوله وبهذا يجب للمولى
ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على اصل الحرية
واجيب عنه بان المولى مالك للمالية التي قيامها باعتبار هذا المحل
فما يجب بمقابلة المحل يجعل في حقه كالواجب بمقابلة المالية دفعا
للضرر عنه وجبر الحقه الفايت بقدر الامكان قوله عند تعذر
الجمع وقد تعذر لان اعتبار الآدمية يوجب التقدير واعتبار المالية
يوجب القيمة فالجمع انما يكون ان لو اوجبنا القيمة بالغة ما بلغت اعتبارا
للمالية والدية اعتبارا للآدمية وهو قول لم يقل به احد قوله وبقاء
العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا اي بقاء العقد لا يستدعي
قيام المحل اصلا او بدلا بل العقد يتبع الفائدة الا يرى انه يبقى بعد قتله
عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية وقد يشكل هذا بان الشاة
المبيعة اذا ماتت قبل القبض ينتقض البيع بحيث لا يعود وان دبغ الجلد
عند الجمهور مع ان الفائدة هناك موجودة وبعض مشايخنا ان كان
يقول بعود البيع بعد دبغ الجلد فهو لا يقول ببقائه وعدم انتقاضه
على ما وقعت الاشارة اليه في آخر كتاب الرهن حيث قال ومن مشايخنا

من قال يعود البيع ففي لفظ العود اشارة الى انه ينتقض عنده ايضا ثم يعود
فلو كان بقاء العقد يتبع الفائدة لقالوا جميعا ببقائه في مسئلة الشاة
وليس كذلك على ان المراعى من الفائدة ما يوجبه العقد اى ما لا يكون للعقد
وجود بدونه والقصاص ليس من موجبات العقد بهذا المعنى وجوابه
قد مر فعليك به **قوله** وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية وهذا
لا يصلح جوابا للشافعي لو جعل قياس قليل القيمة على كثيرها بجامع ان كلا
منهما عوض العبد بقطع النظر عن ان يكون بمقابلة المالية او الآدمية
دليلا آخر على وجوب قيمة العبد بالغة ما بلغت وحاصله ان القيمة في قليل
القيمة تجب بالغة ما بلغت بالاجماع وكذا في كثير القيمة والجامع كون
كل من القليل والكثير عوض العبد ولا يخفى ان التزام كون القليل
بمقابلة الآدمية لا يدفع هذا القياس على ما لا يخفى **قوله** فاذا
اجتمعوا زال الاشتباه ويقال الاشتباه هنا لان القصاص للمالك
الرقبة ليس الا فاما صاحب الخدمة وهو الموصى له بها فلا حق له في القصاص
وانما يشترط اجتماعه مع المالك لتعلق حقه وتضرره بالقصاص كما يشترط
اجتماع المرتهن مع الراهن في الاقتصاص من قاتل المرهون لتعلق حقه
لا لكونه مالكا للقصاص **قوله** والاعتاق لا يقطع السراية لذاته يعني
كون الاعتاق قاطعا للسراية انما هو في صورة الخطاء لا غير لجهالة المقضى له
والمقضى به لانا ان اعتبرنا حالة الجرح يجب القيمة للمولى وان اعتبرنا
حالة السراية وجبت الدية للمقتول وجهالة المستحق وهو المقضى له بانفراده
يقطع السراية فجهالة المقضى له والمقضى به اولى بخلاف فصل العمد
لان الواجب في الحالين واحد وهو القصاص والمستحق واحد وهو
المقتول لان القصاص انما يجب من حيث انه ادمي والعبد من حيث انه
ادمي مبقى على اصل الحرية الا ان المولى يستوفي بحكم الخلافة واذا لم يكن
له وارث سوى المولى كان المولى متعينا للخلافة وحصل من هذا ان
قطع يد العبد اما ان يكون عمدا او خطاء ثم كل وجه على وجهين اما ان
كان للعبد وارث سوى المولى او لا فان كان والقطع عمد يقطع الاعتاق
السراية بالاجماع فلا يجب القصاص وان لم يكن فلا يقطعها عندهما
خلافا لمحمد رح واما اذا كان القطع خطاء فالاعتاق يقطع السراية
بالاجماع سواء كان سوى المولى او لا فلا يجب القيمة والدية بل نقصان القيمة
كذا في الشرح وتحقيق الفرق بين العمد والخطاء فيما اذا لم يكن للعبد وارث
حيث يجب القصاص في العمد ولا يجب شئ في الخطاء لا الدية ولا القيمة

لان

لان المانع من استيفاء القصاص انما هو اختلاف المستحق وانه متحقق
في العمد اذا كان له وارث دون ما اذا لم يكن وفي الخطاء المانع متحقق في الصورتين
اما اذا كان له وارث غير السيد فلاختلاف المقضى له والمقضى به واما اذا
لم يكن فاختلاف المقضى له ان لم يتحقق فاختلاف المقضى به متحقق لانه بالنظر
الى حالة الجرح القيمة وبالنظر الى حالة الموت الدية فلا يقضى بشئ من ذلك
وفيه بحث لما ذكر في الكافي من قوله مات اثنان في بئر حفرها عبد
على الطريق فاعتقه بينهما عالما به فعليه الدية ويضرب الثاني في الدية بقدر
قيمة العبد الجاني فيضرب هذا بجميع قيمة العبد والاول بجميع الدية فيقسم
الدية بينهما على ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن المولى للولي الثاني
نصف القيمة ولولي الاول الدية لان العبد صار قاتلا كليهما من وقت الحفر
والمولى اعتقه وهو يعلم باحدهما دون الآخر فصار مختارا للفداء في حق
من علم وعليه نصف القيمة للذي لم يعلم وله ان دفع الدية كدفع القيمة
ولو اعتقه وهو لا يعلم وغرم قيمته للاول ولا يغرم للثاني شيئا آخر بل يشارك
الاول كذا هنا هذا كلامه فقد اوجبوا للثاني هنا القيمة كلها ليضرب بها
في الدية او نصف القيمة مع اختلاف المقضى به والمقضى عليه لان الواجب
بالنظر الى حالة الحفر القيمة للثاني على المولى وبالنظر الى حالة الموت الواجب
هو الدية على العبد لحريته حينئذ **قوله** لان العتق غير نازل في حق المعين
فان قلت يشكل بما لو اختار المولى عند الموت تعين العتق في احدهما
عتق كله ولا يعتبر من ثلث ماله اعتبارا لاصل الايقاع الذي كان
في الصحة فلو كان العتق المبهم غير نازل في المعين ينبغي ان يعتبر تعين العتق
في احدهما بعينه وقت الموت وان يصح من ثلث ماله لا من كله **قلت** وانما
كان هذا لان اصل الايقاع كان في الصحة فقد تم الاستحقاق به معتبرا
في جميع ماله لانه لا ينكره في جانبه فلا يتعين ذلك ببيانه عند الموت
وهو نظير ما لو طلق اخرى نسائه الاربع قبل الدخول من غير عينها كان
له ان يتزوج الاخرى لان احديهن ثابت في حقه ولا ينكره في جانبه
كذا في الشرح وهو مبني على ما يقال ان البيان اظهار في حكم يختص بالموقع
وانشاء في حكم يختص بالمحل لانه نازل في حق الموقع غير نازل في حق المحل لانه
لا ابهام في جانب الموقع وانما الابهام في جانب المحل ولكن بهذا الطريق
يشكل مسئلة الشجة المذكورة في الكتاب اذ العتق لو كان نازلا في حق
الموقع كان ينبغي ان لا يستحق الموقع في هذه المسئلة ارش العبدين جميعا
قوله والشجة تصادف المعين وقد يحتاج الى الفرق بين هنا وبين ما اذا قال

لاثنين احد بكما حرة فوطئ احدهما تعينت الاخرى للعتق عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله معان الوطى تصادف المعينة كالشجة ووجه الفرق ان الوطئ تصرف لا يحل الا فى الملك فاقدامه عليه فى احدهما دليل تعيين الملك فيها ومن ضرورته انتفاء العتق عنها فيعتق فى الاخرى ولا كذلك الشجة **قوله** ولو قتلهما رجل اى رجل واحد معا وقيمتهما سواء اما لو قتلهما على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الحر لورثته وان اختلفت قيمتهما فعليه نصف قيمة كل واحد ودية حر **قوله** وبعد الشجة يبقى محلا للبيان فاعتبر انشاء **قلت** بعد الشجة كما بقى محلا للبيان بقى محلا للانشاء فما بالهم اعتبروا البيان انشاء ولم يعتبروا اظهارا ويجب ان يعتبر انشاء من وجه واظهارا من وجه فمن حيث انه انشاء كان ارش الذى اوقع العتق للمولى كانه اعتقه بعد الشجة ومن حيث انه اظهار لم يكن الارش للمولى كانه اعتق ثم شج فاما ان لا يجب شئ لانه وقع الشك فى ثبوته للمولى فلا يجب له بالشك او يصار الى التنصيف اعتبار الاحوال كما هو التخريج فى البعض يفصح عن ذلك تصفح كلام القوم فى مسائل اعتاق احد العبدين وغيره وجوابه ان الشجة حين وجدت انعقدت موجبة الضمان للمولى لانها صادفت ملكه لان المعين قبل البيان مملوك له البتة وبعد ما بين العتق فى احدهما وقع الشك فى بطلان الضمان للمولى والثابت باليقين لا يزول بالشبهة فدعت الضرورة الى اعتبار البيان انشاء لانه لو اعتبر اظهارا ادى الى ابطال الثابت بالشك وانه باطل **قوله** انشاء فى حقهما اى حق العبدين وفيه اشارة الى انه اظهار فى حق الموقع **قوله** وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اى اعتبرنا البيان من الموقع اظهارا لا انشاء وانه ليس باظهار لا فى حق الموقع فلانه لا يكون لهذا البيان عبرة بالنسبة الى المحل فكان وجوده كعدمه لتعذر اعتبار ما به يصير معتبرا فى حقه وهو الانشاء واذا تعذر اعتبار البيان فى حقه شاع العتق والرق فيهما وصار حكمه كحكم موت المولى من غير بيان وعن هذا لا يفرق الجواب بين ما اذا بين المولى بعد موتهما او لم يبين الا فى الاطراف **قلت** والاول اوفق بما سياتيك من قوله ولا ان المالية ان كانت معتبرة فى الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف ايضا فهذا تصريح من المصنف بان المالية معتبرة فى الذات غير ساقط فيه والثانى اوفق بما مر فى اول الفصل من قوله فيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارهما باهدار الادنى وهو المالية ففيه تنصيص على ان المالية مهدرة فى الذات والاطراف

جميعا

جميعا ثم لو كانت المالية معتبرة فى حق الاطراف كان ينبغى ان يجب نصف القيمة فى قطع احدى اليدين بالغة ما بلغت وعلى رواية الكتاب لا يجب فيه نصفها بالغة ما بلغت حتى لا يزاد على خمسة الاف منقوصة بخمس **قوله** لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه اى لم يقتصر اعتبار المالية فى حق الذات فحسب بل اعتبرت فى حق الاطراف ايضا يعنى ان انحصار اعتبار المالية فى حق الذات لا غير ساقط كذا فى الشرح وذكر فى الشاهان ان سقوط اعتبار المالية مقتصر فى النفس **قوله** وفى قطع احدى اليدين وفقاء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة **قلت** لما كانت المالية معتبرة فى الذات فى حق الاطراف وجب ان يملك نصف الجثة باداء قيمة النصف رعاية للمماثلة فاشتراط فوات الجنس مما لا يعرف له جهة فجوابه ان النفس فى الاهلاك لا يتجزى فلا يمكن ان يجعل اتلاف احدى العينين كاتلاف نصف النفس ويقام مقامه لان الشئ انما يفرض تقديرا اذا امكن تحقيقا **قوله** وله ان المالية ان كانت معتبرة الخ يعنى ان المالية ان لم تعتبر فظاهر انه يأخذ النقصان وان اعتبرت فالادمية غير مهدرة فعملنا بشبه الادمية حتى لا يمسك الجثة ويأخذ النقصان وبشبه المالية حتى قلنا بتسليم الجثة عند اخذ الضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل كذا فى الشاهان **قوله** فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا بانه لا شئ له من النقصان اذا امسك الجثة عملا بشبهها الادمية وبانه يتملك الجثة اذا دفع القيمة عملا بشبهها المالية ولا يمكن العمل بالشبهين فى الذات فعملنا فيه بالاعلى وهو الادمية باهدار الادنى وهو المالية

فصل فى جناية المدبر وام الولد لما ذكر جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل فى استحقاق اسم المملوك وهو العبد على غيره وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة من المدبر فى ذلك الاسم حتى ان القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر فوجب تاخير ذكرها عن المدبر كذا فى الشرح وهذا الذى ذكر من عدم نفاذ القضاء بجواز بيعها فذلك من مذهبهما اما عند ابى حنيفة رحمه الله فالقضاء به نافذ على ما مر فى البيع الفاسد فالوجه على مذهب ابى حنيفة رحمه الله فى تاخيرها غير هذا وهو ان المدبر متقوم وام الولد غير متقوم والمتقوم اولى باسم المملوك من غيره فلذا قدمه **قوله** وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا فى رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذا لا يتكرر فهذا كذلك مشكل لما سياتيك انه اذا غصب مدبر فجنى عنده جناية ثم رد على مولاه فجنى عنده

اخرى

فعلى المولى قيمته بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما ويرجع المولى بعدما
ادى قيمة العبد اليهما بنصف قيمته على الغاصب لان نصف القيمة استحق
عليه بسبب كان عند الغاصب فيجب على الغاصب وباله ويدفعه الى ولي
الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة اخرى عند ابي حنيفة وابي يوسف
لان حق ولي الجناية الاولى في كل القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه
احد فانعقدت الجناية موجبة استحقاق الكل وانما انتقص بعارض مزاحمة
الثاني فما وجد شيئا فارغا فيأخذ المولى اخذ حق تكامل حقه لانه مقدم
على المولى فاذا اخذه منه رجع المولى بما اخذه على لانه استحق من يده بسبب
كان عند الغاصب كذا في الكافي فقد يلزم المولى في هذه المسئلة قيمة ونصف قيمة
فينتقض قوله جنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة بهذه المسئلة
والله اعلم **قوله** ويتضاربون بالحصص وصورته مدبر قتل رجلا خطأ وقيمته
الف درهم ثم ازدادت الى الفين ثم قتل اخر خطأ ثم رجعت قيمته الى خمسمائة
ثم قتل اخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان
ولو لم يكن منه الا هذه الجناية لضمن الفين ثم الف من هذين الالفين لولي
القتيل الاول لان حق الاول انما يثبت في قيمته يوم جنى وهو الف ولا حق له
في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى
بين ولي القتيل الاول والاوسط لا حق فيه لولي القتيل الثالث فيضرب
فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل اليه من حقه
الف والخمسمائة الباقية بينهم يضرب فيه الاخر بعشرة الاف لانه ما وصل اليه
شيء من حقه ويضرب فيه الاول والثاني بما بقي من حقهما في قدر الدية **قوله**
ان المولى جان لم يدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه
ظلما فيتخير مشكل لان حق ولي الثانية في ذمة المولى لا في عين دفعه الى ولي
الاولى حتى يكون المولى جانيا في دفعه والقابض في قبضه على ولي الثانية بل هو
خالص حق المولى دفعه الى ولي الاولى بظن ان القيمة كلها حقه ثم لما تبين
انه مشترك ظهر انه قبض غير حقه فيضمن الزائد على قدر حقه للمولى الدافع وظهر
انه كان جانيا في حق المولى لا في حق الثانية حتى يجبر على اداء قدر حقه اليه
الا يرى ان المرهون لو صدق رجلا انه وكيل رب الدين بالقبض ودفع الدين اليه
ثم جاء الداين وانكر وكالته بالقبض اتبع المديون ولا يتخير بين ان يتبع المديون
او يتبع القابض من حيث ان المديون ظالم بالتسليم ومدعي الوكالة بالقبض
فكذا يجب ان يكون الحكم في مسئلتنا **قوله** لا بطال ما تعلق به من حق ولي
الثانية **قلت** حق ولي الجناية في ذمة المولى بحيث لا يتعين الا بالقبض

واما

واما المدفوع الى ولي الاولى فلم يتعلق به حقه حتى يكون المولى مبطلا لما تعلق
به حق الثانية **قوله** واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه شيء
عتق او لم يعتق هذا اشارة الى ان العبد لا يؤاخذ بعد الاعتاق بجناية
اقر بها في حال الرق وقد ذكرناه ولكن ما ذكر المصنف رح من قوله ويرجع
به على العبد الا مر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال
يشعر بان العبد مأخوذ بعد الاعتاق بما يلزمه من موجب الجناية بحكم
الاقرار وانه تناقض بين يعرف بالتأمل والله اعلم **باب غصب العبد**
والمدبر والصبي والجناية في ذلك **قوله** والفرق ان الغصب قاطع
للسراية لانه سبب الملك كالبيع وهذا يخالف ما ذكر المصنف رح في باب
ما يحدث السارق في السرقة حيث قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار
بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع
لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك
المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع وهما
ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك والملك يثبت ضرورة اداء الضمان
لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ
وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة
الملك الى هنا لفظه وهذا اشارة الى ان الغصب ليس بسبب للملك
وانه ليس كالبيع ولئن قيل ان الغصب ان لم يكن سببا للملك فلا يخفى
ان الملك عند اداء الضمان يثبت مستندا الى وقت الغصب فيظهر ان
الملك كان للغاصب فيتبدل الملك وتبدله يقطع السراية قلت نعم
ان الملك يثبت مستندا الى وقت الغصب ولكن الملك الثابت به ثابت
بطريق الضرورة فلا يظهر في قطع السراية كما لا يظهر في حق الغاصب في حق
المشتري منه حتى لا يبطل بيع الغاصب عند اداء الضمان وان كان
طرو الملك البات يبطل الموقوف وكما لا يظهر في نفاذ اعتاقه على ما عرف
وقال الامام قاضيخان هذا التعليل يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع
السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية
انما تنقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل
على الغاصب اما قبله فلا الا انه انما يضمن الغاصب هنا لان السراية
وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سببا للضمان فاذا
الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله
ويد الغاصب ثابت على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية

يثبت عليه حكما لا حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فيتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب **قوله** فيصير مستردا **فان قيل** لما استرد المولى فكانه غصبه ثانيا فكان هذا غصبا بعد القطع فيقول لما استرد المولى ولم يوجد الاخذ من الغاصب ثانيا صار كمن القى شيئا في حجر غيره ثم هلك لا يضمن كذا في الحاشية وبه يظهر ان قبض الغاصب بعد ما قطع المالك يصير قبض امانة فان الغاصب بعد ذلك لو امتنع عن التسليم يصير غاصبا ثانيا كما في ساير الامانات والودايع فيكون حكمه حكم ما اذا قطعه المولى ثم غصب **قوله** واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه التقييد بالمحجور عليه في حق الغاصب والمغصوب اتفاقي اذ الحكم لا يختلف فيما اذا كان كل منهما ماذونا في التجارة او يكون الغاصب ماذونا والمغصوب محجورا او بالعكس **قوله** ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل اليه ذلك **وفيه بحث** وهو انه يشكل بما ذكر المصنف رح في المسئلة الاولى من قوله وتكون اي القيمة بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب وذلك ان الاستواء في الموجب يوجب ان يتعلق حق كل واحد بكل القيمة اذ الاستواء في سبب الاستحقاق يوجب الاستواء في نفس الاستحقاق وهنا صرح بانه لا حق لولي الثاني الا في النصف وقد ذكر في فصل جناية المدبر ان الجناية الثانية مقارنة للاولى من حيث المشاركة والمقارنة توجب الاستواء بينهما في استحقاق كل القيمة وايضا لو كان حق ولي الاول في كل القيمة وحق الثانية في نصفها لكان ينبغي ان يكون القيمة بينهما اثلاثا وليس كذلك بل يتضاربان بالحصص على قدر حقيهما في الدية وقد عرف تحقيقه **قوله** ومن غصب صبيا حرا فيه بالصبي لانه لو غصب كبيرا حرا فاصابه شيء من هذه العوارض ينظر ان قيده الغاصب حتى اصابه ولم يمكن التحرز عنه يضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه وان لم يمنعه من حفظه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن كالماشي اذا علم بالبئر ومشى حتى وقع فيه لم يضمن الحافر بخلاف الصغير فانه عاجز من حفظ نفسه عن اسباب التلف كالماشي على البئر اذا لم يعلمه كذا في الشرح **قوله**

الايرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا يدا ورقبة اولى لان الحرية يدا وهي ناقصة لما كانت مانعة فالحرية يدا ورقبة اولى ان يمنع **قوله** وهذا اتلاف تسببا لانه نقله الى ارض مسبعة **قلت** نعم ولكن اعترض عليه فعل المختار وهو النهش والتخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة الى المسبب كما لو فتح باب قفص فطار الطير لانه لا يضمن وكذا لو فتح حجر الحية فخرجت ولسعت لا ضمان عليه **قوله** وقد ازال الحفظه الولي فيه جواب عن تمسكهما بالمكاتب الصغير لانه لا ولاية لاحد عليه وانما هو في يد نفسه الا يرى انه لا يزوجه احد والحر الصغير تزوجه وليه فلم يوجد ازالة حفظ الغير ولكنه يشكل بان ازالة حفظ الغير ان لم يوجد في نقل المكاتب الصغير فلا شك ان نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق تسبب في الاتلاف على وجه التعدي وذلك يكفي لوجوب الضمان ولا حاجة في ذلك الى ازالة حفظ الغير وضمان المكاتب يجب بالتسبب كما يجب بالمباشرة **قوله** وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق **قلت** جاز ان يكون التقييد والوضع المذكوران باعتبار ان الاختلاف انما هو في العاقل فاما غير العاقل فلا اختلاف فيه بل هو غير ضامن بالاتلاف في قولهم كما هو رواية شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام والتمرتاشي وقاضي خان فمع هذا الاحتمال كيف يجعل التقييد بقوله قد عقل والوضع المذكور دليلا على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق **قوله** ولابي حنيفة ومحمد رح الى اخره حاصل هذا الكلام هو ان الايداع عند الصبي تسليط على الاتلاف فلا يضمن لو اتلفه واعترض بانه لو استحق الوديعة بعد ما استهلكها الصبي وضمنه المستحق لم يرجع الصبي بالضمان على الدافع ولو كان التسليم اليه تسليطا على الاتلاف لرجع لما لو قال اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بما ضمن على الامر واجيب عنه في الشاهان بانه انما لا يرجع لانه تسليط على الاهلاك حكما والتسليط عليه حكما لا يجعل كالتسليط صريحا الا يرى ان انسانا لو راى عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق لم يرجع الغرماء على مولاه ولو قال هذا عبدي اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر انه كان حرا او عبد الغير رجع الغرماء على المولى لان الاذن بالمبايعة مصرح به هنا ومسكوت عنه في الوجه الاول تم لفظه **وفيه نظر** لان رجوع الغرماء على المولى ليس باعتبار اذنه في التجارة

ليرجعوا عليه عند ثبوت الاذن دلالة بل الغرماء انما يرجعون اليه
باعتبار تقريره اياهم بقوله هذا عبدى وغير خاف عليك ان هذا التقرير
لا يثبت منه عند ثبوت الاذن بالسكوت اما الرجوع على المسلط فباعتبار
نفس التسليط فمتى وجد التسليط ينبغى ان يرجع عليه سواء كان التسليط
صريحا او دلالة فالمسئلتان لا ينقاسان على ان الدلالة تعمل عمل
الصريح فى حق الرجوع الا يرى ان من ربط بعيرا الى القطار وهى تسير
والقايد لا يعلم به فوطئ المربوط انسانا فعلى عاقلة القايد الدية
ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه لما ربط والقطار تسير فقد امر
بالقود دلالة اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القايد بلا
رجوع لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة هكذا ذكر
فى الكتاب فظهر ان الدلالة تعمل عمل الصريح فى حق الرجوع وقال الشارح
انما فسرنا التسليط بالتمكين منه باثبات يده لا بامر وطلب فكان نظيره
ان يقول للصبى ابحت لك ان تاكل هذا المال فاكله ثم جاء مستحق وضمنه
لم يرجع على المبيح فكذا اذا اثبت يده عليه لانه يباح له هذا ولا يكون محمولا
على التصرف اما اذا امره بالاتلاف فقد استعمله بالحمل عليه الا يرى
انه لو كان عبدا صار غاصبا واذا صار مستعملا صار ضامنا له السلامة
عن عهدة ما باشره باستعماله الا يرى انه لو قال لعبد ابحت لك هذا
الطعام فاكله العبد لم يصر المبيح غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامره هذا
لفظه وهذا ايضا يشكل بمسئلة ربط البعير بالقطار وهى تسير
لانهم جعلوا الرابط امرا بالقود لا مبيحا حتى يرجع القايد عليه مع ان
هذا الربط ليس الا تسليطا على القود ورضاء به فجعل هذا التسليط
امرا دون تسليط الصبى تحكم باب القسامة

قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يتكرر اليمين
من الاولياء بل يردها على الولى هكذا ذكر فى بعض النسخ وفى بعضها
لا يتكرر اليمين بين الاولياء بان يردها على الولى ومعناه والله اعلم
ان مذهبه كمذهبنا الا انه لا يتكرر اليمين على اهل المحلة عنده بل يرد
ما بقى من خمسين يمينا على الولى وعندنا يتكرر اليمين على اهل المحلة اذا لم يكن
خمسين رجلا ولا يرد على الاولياء عند نقصان عدد اهل المحلة من خمسين
وقوله من الاولياء او بين الاولياء صفة اليمين اى لا يتكرر اليمين المشتركة
بين الاولياء الثابتة حقا لهم على اهل المحلة او اليمين الثابتة من الاولياء
لانها تتوجه على اهل المحلة بطلبهم لانها حقهم فيصح ان يضاف ثبوتها اليهم

وقوله

وقوله بان يردها يحتمل ان يتعلق بنفى الفعل اى غير انه انتفى تكرر اليمين
عنده على اهل المحلة انتفاء مقرونا بردها على الولى او انتفاء حاصلا
بردها عليه وان يكون حالا من اليمين اى حال كونها ملتبسة بردها الى الولى
فالحاصل ان مذهبه كمذهبنا اذا لم يكن هناك شهادة الظاهر للولى الا انها
تكرر اليمين عند نقصان عدد اهل المحلة عليهم ولا يردها على الولى والشافعى
لا يكررها عليهم بل يرد ما بقى على الاولياء ولكن ذكر فى بعض الحواشى عليه
عند قوله وقال الشافعى رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا وان كان الولى واحدا كررت اليمين عليه خمسين مرة فيحتاج الى الفرق
بين تكرار اليمين على الولى وتكرارها على اهل المحلة حيث جاز الاول
عنده دون الثانى مع ان الاولياء اذا نكلوا عن اليمين فيما اذا كان
هناك لوث حلف المدعى عليه فان حلفوا برئوا وان نكلوا فعليهم القصاص
فى قول والدية فى قول وكذا اهل المحلة اذا نكلوا فيما اذا لم يكن هناك
لوث حلف الولى ونقصان العدد كالنكول فى الموضعين فجواز تكرار
اليمين عنده على الولى دون اهل المحلة يحتاج الى تأمل **قوله** والشافعى
فى البداية بيمين الولى وانما قال فى البداية لانه يستحلف الولى عنده اولا
ثم اذا نكل استحلف المدعى عليه وهو اهل المحلة هنا فالاستحلاف
عنده جاز فى الجانبين غير انه يبدأ به فى جانب المدعى اذا كان الظاهر شاهدا
له **قوله** ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وقد يقال بل قد يجعل
حجة للاستحقاق كما اذا تنازع الزوجان فيما يصلح للنساء فان القول
لها مع اليمين مع انها تحتاج الى الاستحقاق وكذا اذا تنازعا فى مصراع
باب ملقى فى الطريق والمصراع الاخر فى يد احدهما فان القول قول
من فى يده مثله مع انه ايضا يحتاج الى الاستحقاق **قوله** تعظيما لامر الدم
قد يقال تعظيم امره حاصل بوجوب الدية **قوله** لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط ببدل المدعى مشكل لان حق المدعى لا يبطل باليمين
حتى لو اقام البينة على دعواه بعد اليمين تقبل ويستحق ما ادعاه اشار
اليه المصنف رح فى باب خيار العيب حيث قال ومن اشترى عبدا
فقبضه وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن الى ان قال فان قال المشترى شهودى
بالشام استحلف البايع ودفع الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبايع وليس
فى الدفع كثير ضرر به لانه على حجته هذا كلامه ففى قوله لانه على حجته
اشارة الى ان المدعى اذا برهن على ما ادعاه بعد الاستحلاف يقضى له
وفى الجامع الصغير رجل قال لا بينة لى فحلف خصمه ثم اتى ببينة تقبل

فى قول ابى حنيفة رضى الله عنه وقال محمد رح لا تقبل ولا يحفظ فى هذا
رواية عن ابى يوسف رح فلو كانت اليمين بدلا عن حقه لم يصح القضاء
ببينة بعدها كيلا يتكرر استيفاء الحق مرة بالبدل ومرة بالاصل
قوله وافى الموافاة رسيدن وآمدن كذا فى الصراح **قوله** وعن شريح
والنخعى مثل ذلك تمسك باثر التابعى وقد ذكرنا غير مرة ان قول التابعى
ومذهبه ليس بحجة **قوله** ولان الخمسين واجبة بالسنة فيجب اتمامها
ما امكن وذلك بتكرار اليمين على واحد منهم وقد يقال كما يمكن ذلك بتكرار
اليمين على واحد منهم يمكن ايضا بضم اقرب المحال اليه كما يضم الى العاقلة
اقرب القبايل وذلك ان اهل المحلة انما يواخذون بالايمان لانهم قتلة
تقديرا والعاقلة ايضا يواخذون بالدية لذلك ثم يضم الى العاقلة الاقرب
فالاقرب فكذا اهل المحلة فالاولى ان يحال به الى اثر عمر رضى الله عنه
قوله ولا على امراة ولا على عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها
يشكل بما سيأتى ان القتيل اذا وجد فى قرية لامراة فعند ابى حنيفة ومحمد
عليها القسامة وتكرر الايمان عليها لان القسامة لنفى التهمة وتهمة القتل
من المراة متحققة هكذا علل قولهما فى الكتاب ووجه الاشكال ظاهر
وجوابه ان ما ذكر هنا من قوله ولا على امرأة فمعناه ان المرأة لا تدخل
مع الرجال فى قسامة اهل المحلة فلا ينا قض ما سيأتى من وجوب القسامة
على امرأة مالكة للقرية او الدار اذا وجد القتيل فيها واما التعليل
المذكور هنا بقوله لانهما ليسا من اهل النصرة فكانه تعليل على قول
ابى يوسف رح فانه لا يرى القسامة على المرأة وان وجد القتيل فى دارها
او قريتها واما وجه قول ابى حنيفة ومحمد رح وهو الفرق بين ما اذا
وجد القتيل فى المحلة وما اذا وجد فى دارها او قريتها ان المرأة اصل
فى الرأى والتدبير فى اسباب دارها وقريتها فيجب عليها القسامة
كما يجب على اهل المحلة ولا راى لها ولا تدبير فى اسباب المحلة فلا تشارك
اهلها فى القسامة **قوله** لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا **فان**
قلت الظاهر لا يكفى الالزام **قلت** نعم ولكن للظاهر فى باب القسامة
حكم اليقين بالنص على خلاف القياس لانها بناء على وجود القتيل من اهل
المحلة وذلك بحكم الظاهر لا غير **قوله** لان القتيل فى ايديهم فصار كما
وجد فى دارهم مشكل فان الراكب والقائد اذا تنازعا فى دابة فالراكب
اولى فعلم ان الدابة فى يد الراكب **قوله** واما اهل خيبر فالنبى عليه السلام
اقرهم على املاكهم هذا يخالف ما مر فى باب الغنايم وقسمتها وكتاب المزارعة ايضا

وقد ذكرناه

وقد ذكرناه بالاستقصاء **قوله** ويدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا
وفيه بحث لان المشترين لا يدخلون فى القسامة مع اهل الخطة وان بقى
واحد مع انهم من اهل الخطة ليسوا ادنى حالا من العاقلة مع صاحب الدار
فاذا وجب ادخال العاقلة فى القسامة والدية اذا كانوا حضورا فلا يجب
ادخال المشترين مع اهل الخطة فى ذلك اولى وكما يلزم العاقلة النصرة يلزم
المشترين نصرة اهل المحلة ايضا **قوله** لانه لا بد من الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة
يعتبر اليد فى الدية كما ذكرنا انفا لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد ولم يثبت
هنا يد الملك الا بالبينة كذا فى الكافى وفيه بحث لان يد البايع فى المبيع
الثابت قبل التسليم الى المشترى ليس بيد ملك اذ الملك فيه للمشترى وكذا
يد البايع اذا كان الخيار للمشترى ويد المشترى اذا كان الخيار للبايع كل
ذلك ليس بيد ملك مع انها كافية فى وجوب القسامة والدية عند ابى حنيفة
فيجب ان لا يشترط اثبات الملك بالبينة عنده ولا يسقط هذا الاعتراض
بما ذكر من ان الاعتبار ليد الملك فكانه اراد بيد الملك اليد على وجه الاصالة
دون النيابة والملك ويد الملك ان لم يكن شرطا عند ابى حنيفة رضى الله عنه
فيد الاصالة شرط حتى لا يكون القسامة والدية على المودع والمستعير فلو
انكرت العاقلة ان يكون اليد فى الدار له على وجه الاصالة لزم اثباته
بالبينة فمعنى قوله لا بد من الملك انه لا بد من ان يكون اصيلا فى قبضه لا نايبا
عن غيره فاراد بالملك كونه اصيلا فى القبض وجاز ان يكون هذا التعليل
على قولهما لا على قوله **قوله** وان وجد فى الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة
وقد يقال يجب ان يجب القسامة على اقرب المحال كما تجب على اقرب القرى
بالنص الوارد فى القريتين وارد فى مثل هذا دلالة وجوابه ان المساجد
او الشارع بنى للعامة فينبغى ان تجب القسامة عليهم والدية فى مالهم غير ان
القسامة متعذرة لعدم الاحصاء وايجاب الدية فى مالهم ممكن فيجب ما يمكن
ايجابه ويسقط ما تعذر بخلاف ما بين القريتين فانه غير منسوب الى احد
فيعتبر فيه الاقرب **قوله** يجب على عاقلتهم مشكل لما مر ان الدية تجب
للورثة فاذا وجبت لهم على عاقلتهم لزم ان يتحمل العاقلة عنهم لاجلهم وقد
جعله المصنف رح فيما تقدم من المحال وجوابه ان عاقلة الورثة انما يتحملون
الدية من حيث انهم اهل الدار ونديرها اليهم فهم قتلة تقديرا ثم هم
انما يستحقون الدية على العاقلة نيابة عن المقتول اذ الدية تجب اولا
للمقتول حتى ينفذ منه وصاياه ويؤدى منه ديونه وكم من شئ يثبت
نيابة ولا يثبت اصالة كمن باع عبد غيره ثم برهن فى حيوة رب العبد

على اقرار المشتري انه لم يأمره بالبيع فانه لا تقبل بينته لانه متناقض اما لو مات
رب العبد وورثه البايع ثم برهن على اقرار المشتري بذلك تقبل لانه في حيوة
المورث لو قبلت بينته على هذا الوجه فانما تقبل من حيث انه اصل
ومن حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت انما تقبل من حيث انه نايب
عن الميت والميت لو ادعى لنفسه لا يكون متناقضا فكذا نايبه كذا في الكافي
فالورثة هنا انما يستحقون الدية من حيث انهم نايبون عن الميت لا بالنظر
الى انفسهم والميت لو استحق على عاقلتهم جاز فكذا استحقاق ورثتهم
من حيث انهم قايمون مقامه هنا ولكنه يشكل بما ان المرأة لو قطعت
يد رجل على اليد سقط الارش عن عاقلتها ولم يستحق الارش
عليهم لانهم يتحملون عنها فاستحال ان يتحملون لها مع انها لو استحقت الارش
لاستحقت نيابة عن الرجل مهرا فيكون كالورثة فكما انهم يرجعون على العاقلة
الذين تحملوا الدية نيابة عن الميت فكذا المرأة ترجع عليهم نيابة عن الزوج
لا اصالة اذ المستحق للارش انما هو الرجل كما ان المستحق هو الميت ثم الورثة
يرجعون بالدية على عاقلتهم الذين تحملوا الدية عنهم نيابة فلا افتراق
بين المسئلتين باب المعاقل قوله كل دية وجبت
بنفس القتل على العاقلة احتراز عما وجب بالصلح عن المال وما وجب
عن قتل الاب ابنه عمدا فان الواجب به القصاص ولكنه يسقط لحرمة الابوة
فيجب الدية خلفا عنه فلم يجب بنفس القتل وهنا بحث اما اولا فلان
الواجب في قتل الخطاء ايضا هو المثل الا انه لما تعذر استيفاؤه بعذر
الخطاء يجب الدية وينتقل الحق من المثل الى الدية بالقضاء ولهذا يعتبر
مدة ثلث سنين من وقت القضاء على ما سياتيك تحقيقه ان شاء الله تعالى
وفي المبسوط واذا قتل الرجل خطاء فلم يرفع الى القاضي حتى مضت سنون
ثم رفع اليه فانه يقضي بالدية على عاقلته في ثلث سنين من يوم يقضي لان
ثبوت الاصل ينبني على وجوب المال والمال انما يجب بقضاء القاضي فاما
قبل قضاء القاضي المال ليس بواجب لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص
ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس
لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق بقضائه الى المال كما في ولد المغرور فان قيمته
انما تجب على المغرور بقضاء القاضي وان كان رد عينه متعذرا
قبل القضاء ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يحوله القاضي
الى القيمة بقضائه لتحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء
لم يضمن شيئا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا هذا كلامه وانه تنصيص بانه

في قتل

في قتل الخطاء لا يجب بنفس القتل بل الواجب بنفس القتل المثل كما في قتل
الاب ابنه عمدا الا انه يحول الحق من النفس الى الدية بالقضاء ولو قيل
معنى الوجوب بنفسه ان لا يجب لمعنى يحدث بعده كالصلح وعفو بعض
الاولياء لم يكن احترازا عن قتل الاب ابنه لان الدية هناك ايضا
لا يجب لمعنى يحدث بعد القتل واما ثانيا فلان الواجب بقتل الاب
ابنه لو كان هو القصاص وكان المال واجبا خلفا عن القصاص لسقوطه
لحرمة الابوة او لشبهة الملك لم تقبل شهادة رجل وامرأتين ولا يحكم فيه
بالنكول عن اليمين وحيث يقبل فيه شهادة النساء ويحكم فيه بالنكول
علم ان موجب هذا القتل هو الدية دون القصاص لان القصاص لا يثبت
بشهادة النساء ولا بالنكول قوله فيصير عقوبة عليه والفتور عن الخاطي
ساقطة ويقال فيجب ان لا يؤخذ الدية من مال القاتل خطاء اذا لم يكن
عاقلة او كانت ولكن لا يمكن ايجابها عليهم كالذمي الذي ليس له عاقلة معروفة
وكتاجر دخل دار الحرب بامان فقتل تاجرا اخر مسلما فيها حيث يؤخذ الدية
في مال الذمي والتاجر فلو كانت ايجابا لكل عقوبة على الخاطي الذي لا يستحق
العقوبة لم يجب عليه قط قوله وانما خصوا بالضم لانه انما قصر اي ترك
التحفظ لقوة فيه وذلك بكثرة انصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته قلت لو كان تخصيص العاقلة بالضم بهذا الاعتبار
وهو كونهم قتلة تقديرا حيث قصروا في ترك مراقبته لزم ان يكون الاعتبار
لعاقلة وقت الجناية كما هو مذهب زفر رح دون عاقلة وقت القضاء
بالمال لظهور ان التقصير فيه انما يكون بقوة انصاره وقت الجناية التي
هي وقت التقصير لا لقوة من سيصير ناصرا له بعد الجناية وسياتيك
ان العبرة عند علمائنا الثلثة لعاقلة وقت القضاء بالمال دون وقت
الجناية حتى لو كان الجاني كوفيا مكتوبا اسمه في ديوان الكوفة فجنى في الكوفة
ثم انتقل منها الى البصرة وصارت عاقلته اهل البصرة ثم قضي عليه بالدية
يطالب بالدية اهل البصرة لا اهل الكوفة والله اعلم قوله ان كان القاتل
من اهل الديوان بان كان غازيا وله ديوان يرزق منه فعاقلته من كان
في ديوانه من الغزاة وان كان كاتبا وله ديوان يرزق منه فعاقلته
من كان يرزق من ديوان الكتاب ان كانوا يتناصرون بها وان لم يكن ديوان
فعاقلته انصاره ان كانت نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم وان كان
من القرية ونصرته باهل القرية تحمل عليهم وان كان لا ينصر بعضهم بعضا
فعاقلته عشيرته من قوم ابيه وان لم يمكنهم التحمل يضم اليهم اقرب القبائل

من العصبة ثم فيتم الى ان يكفى كذا فى الذخيرة قوله لان الوجوب بالقضاء
لان من عليه غير معلوم لان فى العاقلة كلاما فلا يتعين الا بالقضاء كذا
فى الكافى وفيه بحث لان الاختلاف فى العاقلة من هم لا يوجب
الجهالة للقطع بان العاقلة عند كل مجتهد من ادى اليه اجتهاده وهو
معلوم فعندنا العاقلة اهل الديوان ان كان الرجل ديوانيا وعند
الشافعى عشيرته وكل منهم معلوم قوله وانما يعتبر مدة ثلثين من وقت
القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضا فيعتبر
ابتداءها من وقته كما فى ولد المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بالقضا
ولهذا لو هلك قبل القضاء لم يضمن شيئا قلت الحق وجوب قيمة المقتول
خطاء بوجوب قيمة ولد المغرور من حيث ان الوجوب فيهما بالقضاء
وهو مشكل وبيانه يتعلق بمسئلتين احديهما انه لو استولد مشترى الامة
فجاء رجلان واستحقاها بالبينة فان قضى للمستحقين عليه بالامة والعقر
وقيمة الولد معا اشتركا فيما يقبضه احدهما لان الامة مشتركة والعقر
بدل الجزء مشترك لانه بدل المستوفى وهو فى حكم جزء من العين وحكم البدل
حكم المبدل وقيمة الولد بالقضاء لان حقه فى الولد وانما ينتقل الحق
من عينه الى القيمة بالقضاء ولهذا يعتبر قيمته يوم القضاء وهو متحد
وان وقع القضاء متفرقا بان قضى لهما بالامة لا غير فغاب احدهما وقضى
للاخر بنصف العقر وبنصف قيمة الولد ثم حضر الاخر واقام البينة وقضى
له بالنصف الاخر فله ان يشارك الاول فيما قبض من الامة لما مر والعقر
لانه بدل جزء مشترك بينهما ولا مشاركة فيما قبض من قيمة الولد لانه انقلب
مالا بالقضاء وهو متفرق وثانيتهما انه لو جنى مدبر بان قتل رجلا خطأ
وله وليان اشتركا فيما يقبضه احدهما من مولاه سواء وقع القضاء لهما معا
او متفرقا لان جناية المدبر لا يوجب الا القيمة لتعذر الدفع فكان سبب
وجوب القيمة لهما واحدا وهو الجناية فاذا اشتركا فى اصل الحق اشتركا
فى المقبوض اما لو كان الجانى مكاتبا وللمجنى عليه وليان فان قضى لهما
معا على المكاتب بقيمته اشتركا وان قضى لهما متفرقا لا لان جناية
المكاتب لم توجب القيمة بنفسها وانما وجبت بالقضاء اذ الياس عن الدفع
الذى هو الموجب الاصلى لم يثبت لامكانه بالعجز وكان وجوب القيمة مضافا
الى القضاء فاعتبر اجتماعه وتفرقه وفى المدبر القيمة متحتمة لتعذر الدفع
فكان سبب وجوب واحدا وهو الجناية فيشتركان فى المقبوض كذا
ذكر فى الكافى فى متفرقات كتاب الشركة ووجه الاشكال ظاهر وهو

ان

ان وجوب القيمة فى القتل خطاء لو كان مضافا الى القضاء كما فى ولد المغرور
على ما ذكره هنا وجب ان لا يشتركا فى جناية المدبر اذا وقع القضاء متفرقا
كما فى ولد المغرور والمكاتب وبالجملة انه سوى هنا بين وجوب الدية
فى الخطاء ووجوب قيمة ولد المغرور فى ان كلا منهما بالقضاء ثم فرقوا
بينهما فى ولاية المشاركة لاحد الشريكين فاثبتوها فى قيمة المدبر مطلقا وقع
القضاء بها معا او متفرقا ونفوها فى ولد المغرور اذا وقع القضاء بقيمته
متفرقا وصرحوا بان وجوب قيمة المدبر القاتل خطأ بالجناية دون القضاء
ووجوب قيمة ولد المغرور بالقضاء فيعتبر للمشاركة اتحاد القضاء اذ لا بد
من اتحاد السبب وغاية ما يمكن ان يقال ان الواجب الاصلى فى الخطأ
ان كان هو المثل والانتقال الى القيمة بالقضاء بالنظر الى حقيقة الامر
فالقيمة كانها واجبة بنفس القتل اعتبارا لان المثل لا يجب لذاته بل
ليترتب الخلف حتى لا يؤاخذ بالمثل فى شئ من الصور قضاء والخلف
كانه الواجب ابتداء فمن حيث الحقيقة اعتبرنا المدة من وقت القضاء
تخفيفا ومن حيث الاعتبار اثبتنا للشريك ولاية الشركة فى قيمة المدبر
الجانى خطاء مطلقا والتعيين بالتحرى ولكن مثل هذا الاعتبار متحقق
فى قيمة ولد المغرور ايضا لان الحق فيه وان كان فى عينه لكن ليترتب عليه
الخلف لا لذاته لحق ولى المقتول فى نفس القاتل خطأ فيجب ان لا يفرق
المدبر وولد المغرور فى ثبوت ولاية المشاركة لاحد الشريكين فى قيمة
كل منهما مطلقا سواء وقع القضاء معا او متفرقا وليس كذلك كما ذكرنا
قوله لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة واربعة وهذا
المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون قلت ليس ادخال
الاباء والابناء لتحميل كل الدية عليهم بل للتكميل فاذا لم يتسعوا ضم اليهم
من هو اقرب فالاقرب حتى يستوفى كل الدية والجبان ذا القاتل
مع ان القاتل ربما يكون اقل من فهم اولى بان يدخلون قوله فلا معنى
لاخراجه ومؤاخذة غيره ويقال لو اخذنا القاتل لاخذ بجهة القتل حقيقة
والعاقلة ماخوذة باعتبار انهم قتلة تقديرا والقاتل الحكمى كالخلف
عن الحقيقى فالجمع بين هاتين الجهتين كالجمع بين الاصل والخلف
وذلك لا يجوز حتى لا يصح ان يغتسل احدى الرجلين ويمسح الاخرى وبعبارة
اخرى ان الجمع بين الجهتين المختلفتين لا يجوز الا يرى انه لا يجوز تضمين
صاحب الاصول والفروع فى الشهادة عند رجوع الفريقين بل الواجب
هو التخيير كما قال محمد او تعيين الفروع للضمان كما قالا اما الجمع فلا لاختلاف

الجهتين

قوله فالبرى عنه اولى قلت العاقلة ليست ببرية بل هم قتلة تقديرا
فكانه جعلهم برية بالقياس الى القاتل والنظر الى الخلف قوله قال
الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قلت ليس من قبيل اخذ الشخص
بوزر غيره بل العاقلة ماخوذة بوزر انفسهم وهو تقصيرهم في مراقبة
القاتل والاخذ على يده قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة
لا يجب عليهما من الدية الخ قلت الوجوب على القاتل ليس باعتبار
النصرة حتى لا يجب عليهما لانهما ليسا من اهل النصرة بل لوجود حقيقة القتل
منهم وهما ان لم يكونا من اهل النصرة فهما اهلان لمباشرة القتل فيجب
ان يواخذان بالمباشرة وكان الواجب ان يوخذ كل الدية منهما اذا قتلا
نفسا الا ان في ايجاب الكل استيصالهما فضمت العاقلة التي هم قتلة
تقديرا باعتبار النصرة فالصحيح هو ان القاتل يدخل مع العاقلة وان كان
صبيا او امرأة والله اعلم قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم فان قلت
هذا يناقض ما مر في اول باب جناية المملوك وهو قوله بخلاف الذمي لانهم
لا يتعاقلون فيما بينهم قلت ذلك محمول على ما اذا لم يكن المعاداة
فيهم ظاهرة كما سياتيك في الكتاب قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة
فيما بينهم ظاهرة الى اخره وقيل معنى قوله لانهم لا يتعاقلون انهم لا يدينون
التعاقل فيما بينهم ولكن قوله لانهم التزموا احكام الاسلام تعليلا لقوله
يتعاقلون بها ابا ه لان وجوب الدية على العاقلة لما كان من الاحكام
التي التزموها بالذمة كانوا ملتزمين لذلك عند عقد الذمة فلا معنى
لاشتراط تدينهم به بعد ما التزموا تلك الاحكام باسرها قوله ولنا
ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء
ينتقل الى المال قلت وهذا مشكل بما ذكر من متفرقات كتاب الشركة
من الكافي ان المال في المدبر الجاني خطاء انما يجب بالجناية دون
القضاء حتى يشترك احد وليي المقتول للاخر فيما يقبضه من قيمة المدبر
وان وقع القضاء لهما متفرقا ونص هنا بان المال في جناية الخطاء
يجب بالقضاء دون الجناية نفسها وايضا ذكر في الكافي نقلا عن المبسوط
ان حال الجاني اذا انتقل حكما وانتقل من ولاء الى ولاء بسبب حادث
لم ينتقل جنايته عن الاولى قضي به اولم يقض ونظيره ما اذا ولدت
معتقة قوم وعبد قوم اخر ولدا فولاء هذا الولد لقوم امه ثم اذا اعتق الاب
بعد ذلك ينتقل ولاؤه من قوم الام الى قوم الاب فان كان هذا الولد
قد جنى قبل عتق امه ثم اعتق بعد الجناية قبل القضاء بالمال يقضى به

على عاقلة

على عاقلة الام لانها ولا ينتقل منهم الى قوم الاب ولو لم يختلف حال الجاني
ولكن العاقلة تبدلت الى عاقلة اخرى بان كان الجاني وقت الجناية
بصريا ثم صار كوفيا فقضي بالمال كان الاعتبار لوقت القضاء دون
الجناية فلو كان الاعتبار لوقت القضاء باعتبار انه وقت الوجوب
وان وجوب المال هنا بالقضاء دون الجناية لكان الاعتبار لوقت القضاء
سواء تبدلت العاقلة بتبدل المكان وانتقاله من بلد الى بلد او باعتبار
انتقال ولائه الى ولاء اخر ولم يكن للتفرقة بين تبدل العاقلة بانتقال
المكان وتبدلها بانتقال الولاء وجه قوله وبما روي انه عليه السلام
اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل قلت
قد ذكر في الشروح ان العاقلة انما لا يعقل ما دون ارش الموضحة
اذا كان ذلك بدل العضو اما بدل النفس فيجب على العاقلة وان كان
اقل من نصف عشر الدية الا يرى ان قيمة العبد الذي جنى عليه الحر يجب
على عاقلة الحر وان كانت مائة او اقل منه وبدل الجنين بدل النفس
كما مر التصريح به في الكتاب فاذا كان القليل والكثير في بدل النفس
سواء في وجوبه على العاقلة لا يستقيم التمسك بايجاب دية الجنين
على العاقلة وهي بدل النفس على ان بدل ما دون النفس اذا كان نصف
عشر الدية يكون على العاقلة وان كان دونه يجب في مال الجاني وذلك
ظاهر قوله ففي الثابت بالاقرار اولى وقد يقال ما ثبت بالبينة
يحتمل الانفساخ بالرجوع وما ثبت بالاقرار لا يحتمل البطلان فلا
يكون الثابت بها اولى بالحكم المذكور من الثابت به قوله وما دون
النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال قلت
ما دون النفس في الحر ايضا يسلك به مسلك الاموال كما نص به في غير موضع
من الكتاب منها ان للوصي ان يستوفي القصاص في الطرف وليس له
ان يستوفيه في النفس لان الطرف ملحق بالمال لانه وقاية النفس كالمال
فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال وله ذلك فكذا هذا كذا
ذكر في الجنايات ومنها ما مر في كتاب الدعوى في باب اليمين حيث
قال ومن ادعى على غيره قصاصا فجحد يستحلف اجماعا فان نكل فيما دون
النفس اقتص منه وان نكل في النفس لم يقتص بقتل وله دية ويحبس حتى يقر
ويحلف هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزمه الدية فيهما ولا يقضي بالقصاص
لان القصاص فيما دون النفس عقوبة تندرء بالشبهات فلا تثبت
بالنكول كالقصاص وله ان الطرف محل البذل فيستوفى بالنكول كالمال

وهذا لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية للنفس كالمال فيجري فيها البذل كالمال هذا كلامه فاعتبار الاطراف كالاموال في الاقتصاص منها بالنكول عن اليمين وفي استيفاء القصاص فيهما للوصي مع انه ليس له ان يستوفي القصاص في النفس واعتبارها كالنفوس في ايجاب ارشها على العاقلة مع انهم لا يضمنون المال وفي التفرقة بين اطراف الحر واطراف العبيد يحتاج الى مزيد تامل والله اعلم

كتاب الوصايا قيل في تعريف الوصية انه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وانه ليس بمنعكس فالتدبير وصية وليس بتمليك وكذا الامر بان يحج عنه وصية وليس بتمليك وكذا الامر بالاعتاق او الامر بالتمليك وصية وليس بتمليك بل الاعتاق في مرض الموت والهبة والمحاباة في البيع والشراء وصية وليس بتمليك **قوله** الوصية غير واجبة وهي مستحبة وقال بعض الناس هو واجبة على كل من له يسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية ولنا انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهو تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة وما تلونا منسوخ او محمول على الاستحباب فان هذه الاية نزلت في الوصية في حق من ليس باهل الاستحقاق بالكفر لانهم كانوا حديث عهد بالاسلام يسلم ولا يسلم ابوه واقاربه والاسلام قطع الارث فشرع الوصية فيما بينهم لقضاء حق القرابة من حيث الندب **قوله** الا انا استحسنا لحاجة الناس اليه **فان قلت** الوصية مشروعة في حق الكافر حتى لو دخل الحربي دارنا بامان فاوصى يجوز وهذا الوجه الاستحساني لا يتاتى في حقه **قلت** الوصية في حقه كانها مستحسنة بالنص وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فانه مطلق في حق الكافر والمسلم **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث **قلت** هذا اذا تعلق بالزيادة حق الوارث اما اذا لم يتعلق بها حقه بان لم يكن له وارث او كان ولكن لم يكن مستحقا للثلثين كما اذا اوصى بجميع ماله لاجنبي وله امرأة لا وارث له غيرها فان اجازت كان جميع المال للموصى له والا فلها السدس والباقي للاجنبي والوجه انا نبدأ بالوصية بقدر الثلث بقي الثلثان ثم نعطي الارث فيعطى لها ربعه سهم من ستة بقي ثلثة ولا مستحق لها بحكم الارث فيعطى للموصى له وكذا لو اوصى بجميع مالها لاجنبي وترك زوجا لا وارث لها غيره فان اجاز الوصية فالمال كله للاجنبي والا فله

الثلثان لانا نبدأ بوصية الاجنبي بقدر الثلث ثم نعطي الزوج نصف ما بقي وهو الثلث بقي ثلث اخر لا مستحق له بحكم الميراث فيكون للموصى له ثلثا المال **قوله** ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها اجازة من غير المالك حقيقة وحكما فلا يصح كما اذا وجدت من الاجنبي وهذا لان لان عمل الاجازة في العقد الموقوف في ازالة الملك وازالته انما يصح من المالك حقيقة او حكما والوارث قبل موت المورث ليس بمالك حقيقة حتى لو اعتق عبدا من التركة قبل موت المورث لا ينفذ ولا حكما لان الاجازة منه لم يوجد بعد سبب الملك له في التركة لان سببه موت المورث فانهم يتملكون التركة من وقت الموت لا من وقت المرض الا يرى ان ما حدث من الزيادة قبل الموت بعد المرض يحدث على ملك المورث ولو كانوا يتملكونها من وقت المرض يحدث على ملك الوارث فكانت الاجازة من غير المالك حقيقة وحكما فلا يصح بخلاف الاجازة من المرتهن لانها وجدت من المالك حكما لانها وجدت بعد وجود سبب الملك للمرتهن في المرهون لان قبضه سبب لثبوت الملك له في المرهون حتى يجعل مستوفيا للدين من وقت القبض بعد الهلاك وليس كما لو عفوا عن جارح ابيهم او اجازوا عفو ابيهم فانه يصح عفوهم لان العفو والاجازة ان وجدت قبل موت المورث حقيقة فهو كالموجود بعد موته حكما لان الموت يستند الى وقت الجراحة حتى لو كفر بعد الجرح قبل موت المجروح صح بخلاف الموت من المرض فالموت لا يستند الى حالة المرض الا يرى ان الورثة لا يملكون التركة من وقت المرض فكانت الاجازة منهم قبل موت المورث من حيث الحقيقة والحكم فلا يصح بل قياس مسئلة الجراحة من مسئلتنا ان لو وجب القصاص والدية للمورث لا بجراحة المورث بان قتل عبده عمدا او خطاء فعفى الوارث قبل موت مورثه لا يصح لان موت المورث هناك اقتصر على حالة الموت ولم يستند الى ما قبل الاجازة حتى يظهر انها كانت بعد الموت فلا يصح كذا في الذخيرة **قلت** ويدل على ان الموت لا يستند الى المرض ما لو غصب جارية فحمت في يده فردها الى المالك ثم ماتت من الحمى لا يرجع المالك على الغاصب بقيمتها ولو استند موتها الى المرض لرجع وكذا لو زنى بجارية مورثه في مرض موته حد ولو استند الموت واستند الملك باستناده لم يحد فعلى هذا قول المصنف رح في غاية الامر انه يستند عند الاجازة مشكل الا ان يحمل ذلك على تقدير التسليم اي لو سلم انه يستند فالاستناد

انما يظهر في حق القايم ويشكل على القول بعدم الاستناد ان حجر المريض يثبت باول المرض ويتوقف تصرفاته ولولا الاستناد لما ثبت الحجر من اول المرض وقد نص الامام فخر الاسلام رح بتعلق حق الوارث بنفس مرض الموت على ما يفصح عنه تصفح كتابه الا ان يقال اول المرض وان لم يكن علة للموت الذي هو علة لثبوت علاقة الوارث في تركة مورثه بل العلة هي تراكم الالام التي تحدث عند الموت وانها لا تضاف الى اول المرض لانه عرض يحدث شيئا فشيئا فكان القايم عند الموت غير الذي كان سابقا عليه ولكنه في الصورة ممتد الى حين الموت ولهذا يقال امتد مرض فلان فبالنظر الى الحقيقة قلنا لم يتعلق حق الوارث في ثبوت ملكه ونفاذ تصرفه وبالنظر الى الصورة قلنا يتعلق حقه في حجر المريض عن التصرف فيما زاد على الثلث عملا بالاعتبارين وانما لم يورث هذا الاستناد شبهة في درء الحد اذ الدارئ انما هو شبهة الموت وفي حق الملك لم يثبت استناد الموت الى اول المرض اصلا بل لم يظهر ذلك الا في الحجر وفي حق ملك الوارث لا استناد اصلا فلا يورث شبهته **قوله** لانها قبل ثبوت الحق اي الملك لان اصل الحق ثابت لهم كذا في الشان **وفيه بحث** اذ لو كان اصل الحق ثابتا لصحت الاجازة لانها حينئذ يكون اسقاطا لذلك الحق ولانه لو كان المراد بالحق هو الملك لكان الحق في قوله لانه بعد ثبوت الحق ايضا هو الملك وذا غير مستقيم اذ الملك متى يثبت للوارث كانت الاجازة تمليكا منهم كاجازة المالك لتمليك الفضولي وذلك خلاف فمن هنا الا ان يقال معناه انه بعد ثبوت الحق نظرا الى السبب بخلاف ما قبل الموت فانه قبل ثبوت الحق حقيقة وحكما على ما حققه في الذخيرة **قوله** لان الساقط متلاش وذلك ان الاجازة من الوارث بعد الموت ازالة للملك الحكمي الثابت له بالنظر الى السبب وهو الموت وازالة الملك الحكمي اسقاط لانه لا يحتمل التمليك من غيره كملك المرتهن **قوله** غاية الامر متصل بقوله اذ الحق يثبت عند الموت كان سائلا سال ان الحق ان كان يثبت عند الموت لكن مستندا الى اول المرض حتى ظهر هذا الاستناد في حجر المريض عن التصرفات فيما زاد على الثلث فاجاب بان الاستناد يظهر في حق القايم دون المنقضي وهذا اي الاجازة قد مضى وتلاشى فلا يظهر الاستناد في حقه **قوله** لكن الاستناد يظهر في حق القايم وهذا قد مضى

وتلاشى

وتلاشى مشكل لصحة عفو الوارث عن جارح المورث مع ان حق الوارث في قصاص الجارح يثبت بعد الموت بطريق الاستناد وكذا اذا باع المغصوب ثم ادى الضمان ينفذ بيعه منه مع انه عند ادائه يثبت ملكه مستندا وله غير نظير يوضحها ان الاستناد وان كان لا يظهر في حق المنقضي كالصلوة التي اديت بالتيمم ثم انتقض التيمم لرؤية الماء مستندا الى وقت الحدث فالاجازة هنا غير منقضية بل موقوفة كعفو الوارث عن جارح المورث وبيع المغصوب والاستناد يظهر في حق الموقوف وان كان لا يظهر في حق ما صح وانقضى فالانقضاء على تقدير تسليم الاستناد بما ذكر غير مستقيم فالظاهر هو منع الاستناد في حق الملك على ما حققناه فلا ينفذ ما يبتنى على الملك **قوله** فلو استند ذلك من كل وجه فيه اشارة الى ما ذكرنا ان الاستناد هنا ثابت من وجه حتى يظهر في حق حجر المريض وقد مر وجهه **قوله** والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة يشكل بعفو الوارث قبل موت المورث المجروح عن الجارح فانه يصح مع ان له قبل الموت مجرد الحق فانما ينقلب حقيقة بعد الموت يوضحه ان الحق الذي ينقلب حقيقة انما ينقلب اليه اذا بقي فاما اذا لم يبق بان اسقط قبل ان ينقلب حقيقة لا ينقلب الى الحقيقة بالضرورة فلا يثبت له الحقيقة حتى لا يعتبر رضاه بسقوط الحق في بطلان هذه الحقيقة بل لا يثبت له الحقيقة اصلا بسقوط الحق الذي ينقلب حقيقة قبل ثبوتها **قوله** وليس من شرطه القبض ولو كان من جهة الوارث لشرط القبض كذا في الشاهان **وفيه نظر** لان القبض شرط عند الشافعي رح نص عليه في الكافي فلا يكون عدم اشتراط القبض دليلا على كونه وصية من الوارث كيف واشتراطه وعدم اشتراطه مبني على كونه هبة من الوارث او وصية من المورث وقيل معناه وليس القبض من شرط الوصية ليجعل من الوارث تصحيحا لهذا التصرف حيث لا يمكن القبض من المورث بعد موته **قوله** ولا يجوز للقاتل اي قاتل الموصي عمدا كان القتل وخطاء حتى لو قتل المدبر مولاه يسعى في جميع قيمته وان كان يخرج من الثلث **قوله** بعد ان كان مباشرا احتراز عن المسبب كحافر البئر فانه لا يحرم عن وصية من وقع فيه لان النبي عليه السلام رتب الحرمان على المشتق حيث قال لا وصية لقاتل فيكون ماخذ اشتقاقه وهو القتل علة له والتسبيب ليس من القتل في شيء لانه عبارة عن مباشرة القتل لا يقال الدية ايضا مترتبة على القتل قال الله تعالى ومن قتل

مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ومع انها لا تختص
بالمباشر بل تجب على المسبب ايضا لانا قد عرفنا ان الدية تجب بدل المحل
لا جزاء الفعل فلا يترتب على القتل والترتب على المشتق ان كان يوجب
علية المأخذ لكن اذا دل الدليل على انه غير متعلق به لا يتعلق به **قوله**
لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل هذا النص باطلاقه يتناول ما اذا كان
اوصى ثم جرح او جرح ثم اوصى وقوله لانه استعجل الخ لا يتناول ما اذا كانت
الوصية بعد الجرح لانه لا يوجد عن الموصى له بعد الوصية فعل يوجب الاستعجال
فكان اخص من الاول وقال الشارح ان القاتل يجعل مستعجلا
وان تقدم جرحه لانه انما يعتبر كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز
الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت
كان القتل مؤخرا عن الوصية **قلت** هذا لا ينفع لان النظر الى كونه
قاتلا ان كان وقت الموت لتنفيذ الوصية وعدم تنفيذها فلا شك
ان بهذا النظر لا يتحقق منه فعل يوجب الاستعجال لان فعله هو
الجرح ولا فعل منه بعده الا يرى انه لا يعتبر حال المرمى اليه وقت الرمى
لا وقت الوصول والموت حتى لو كان المرمى اليه مسلما وقت الرمى
فارتد وقت الوصول او الموت تجب الدية على الرامى عند ابى حنيفة
رض مع ان النظر الى كونه قاتلا او غير قاتل لايجاب الدية يكون وقت
الموت كما فى الوصية **قوله** وقال الشافعى يجوز للقاتل هذا
اذا كان الجرح قبل الوصية فاما اذا اوصى ثم جرح ومات من ذلك
فان الوصية تبطل عنده **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه
قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل وهذا يخالف ما ذكر
الشارح من ان الشافعى فرق بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره
فقال ان اوصى قبل الجرح ثم جرح بطلت الوصية وان اوصى بعد الجرح
صحت لان القاتل فى الصورة الاولى مستعجل لما اخره الله تعالى وفى الثانية
غير مستعجل وهكذا ذكر بعض الشارحين ثم هنا بحث وذلك انه ما ذكر
اولا من قوله ولا يجوز للقاتل ان كان المراد منه القاتل وقت موت
الموصى سواء كان جارحا قبل الوصية او بعدها فلا معنى لقوله وعلى هذا
الخلاف اذا اوصى الخ بعد ما ذكر الخلاف فى الفصلين وان اراد به
ما اذا قتل ثم اوصى فلا يترتب التعليل بالاستعجال على ما لا يخفى الا
ان يقال انما صرح بذكر الخلاف فيما اوصى ثم قتل وان كان ذلك
مذكورا فيما سبق تنصيصا على الرد على من قال بالاتفاق على بطلان الوصية

فى هذه الصورة **قوله** ولو اجازتها الورثة جاز عند ابى حنيفة رضى الله
عنه بخلاف الوصية للحربى فانها باطلة اجازتها الورثة اولم تجز مع انه
محارب حكما والقاتل محارب حقيقة لان الحربى ميت فى حق اهل
الاسلام والميت ليس باهل للوصية حتى يؤثر اجازتهم ولان الوصية
تبرع ونحن نهينا فى حق اهل الحرب عن التبرع **قوله** وقال ابو يوسف رح
لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجل الجناية عقوبة عليه
واجيب عنه ان حرمان الوصية ما كان بطريق العقوبة عليه الا يرى
انه يستوى فيه الخاطى والعامد والخاطى لا يستحق العقوبة هكذا ذكر
فى الذخيرة **وفيه نظر** اذ المحققون من ائمة الاصول صرحوا بان حرمان
الوصية عقوبة قاصرة والخاطى لا يستحق العقوبة الكاملة اما القاصرة
فجاز ان يستحقها الا يرى ان حرمان الميراث عقوبة وقد استحقها
الخاطى وكذا الكفارة تجب عليه وفيها معنى العقوبة بل الجواب
ان الوصية شرعت لحق الميت ليتدارك فى بعض ما فرط منه من التفريط
والوصية للقاتل اكثر ثوابا لانه مقابلة الشر بالاحسان فلو جعل امتناع
الوصية عقوبة حتى لا يصح بالاجازة ايضا لتضرر به الميت بحرمانه عن مزيد
الثواب فيكون هذا فى الحقيقة عقوبة على الميت بحجره عن هذا التصرف
وفيه الحاق له بالبهائم والمجانين فلما كان فى امتناع الوصية لذاته بحيث
لا يلحقه الاجازة عقوبة على الميت من وجه وهو لا يستحق العقوبة
قلنا بامتناعه لحق الورثة فيصح باجازتهم **قوله** ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اعترض
بان هذا التعليل يخالف ما ذكر اولا من السنة وهو قوله عليه السلام
لا وصية للقاتل والدليل المعقول وهو قوله ولانه استعجل ما اخره
الله تعالى اذ السنة يقتضى حرمان الوصية للقاتل مطلقا والدليل
المعقول وهو قوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يقتضى ان يكون حرمان
الوصية للقاتل عقوبة بنسبة جزاء لفعله وهو الاستعجال والعقوبات
لا ترتفع بالاجازة كالكفارة وحرمان الميراث وبان الكلام فى الوصية
بالثلث ولا حق للورثة فى ذلك حتى يكون الامتناع لحقهم والجواب اما
عن الاول فلان الوصية تصرف من الموصى فى حقه وكل تصرف صادر من المالك
فى ملكه فى محله نافذ بالاجماع الا اذا تعلق به حق الغير فحينئذ يتوقف على الاجازة
فبدلالة هذه المقدمة الاجماعية قلنا فى قوله عليه السلام لا وصية
لقاتل ان الامتناع لحق الورثة فانهم يتأذون بان يقاسمهم القاتل ما لهم

فكانه قال لا وصية لقاتل الا ان يجيزا لورثة كما هو مروي في بعض الروايات
اذ لو حمل على الامتناع لذاته لانخرق قاعدة الاجماع واما الدليل المعقول
فيحتمل ان يكون على قول ابي يوسف رح فلا يرد نقضا عليهما ولو سلم فنقول
انه مشتمل على الحقين وحق العبد غالب كالقصاص لان كل واحد منهما
مشروع لدرك الثار فكما يسقط القصاص بالعفو وان كان فيه حق الله تع
فكذا الحرمان عن الوصية يسقط باجازة الورثة والله اعلم واما عن الثاني
فلان معنى قوله لان الامتناع لحقهم لمراعاة حقهم لينشرح صدورهم ببطلان
وصية وعود حقه اليهم وهذا هو النكتة الاولى من قوله لان نفع بطلانها
يعود اليهم اولئلا يتأذوا بمقاسمتهم القاتل مال ابيهم وفي التأذي
قطيعة الرحم فاذا رضوا انعدم التأذي وهذا هو النكتة الثانية
اعني قوله ولانهم لا يرضونها وليس معناه ان المال كله لهم وحقهم والامتناع
لذلك الحق حتى يرد عليه ما ذكر **قوله** ويعتبر كونه وارثا او غير وارث
وقت الموت حتى لو اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن يصح وصيته لاخيه
بخلاف ما لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات ابنه يبطل وصيته وفي فتاوى
قاضيخان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية
لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن وان كانت له بنت مكان
الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وتبطل للاخ لاب وام
لانه يرث مع البنت وان لم يكن ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب
لانه لا يرث وتبطل للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وبهذا
ظهر ان المعتبر في حرمان الوصية هو ان يكون محرزا للميراث لا اهليته
واما في النفقة فالمعتبر هو اهلية الارث لا احرازه يعني يعتبر فيها كونه
وارثا في الجملة وان كان محجوبا بغيره حتى لو كان للمعسر خال وابن عم
فنفقته على الخال ويحرز ميراثه ابن العم والفرق ان الاصل هو ان
المعتبر الاحراز لان الوارث على الاطلاق هو محرز الميراث واما من اهل
الميراث من غير ان يحرزه فهو وارث من وجه دون وجه فيجب ان ينصرف
اللفظ الى الوارث من كل وجه غير انه لا مانع من صرفه اليه في حديث الوصية
من قوله عليه السلام لا وصية لوارث فيصرف اليه اما في نص النفقة من قوله
تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فلا يمكن الصرف الى من هو يحرز ميراثه اذ
الحاجة الى ايجاب النفقة انما يكون في حال حيوة المعسر والاحراز انما يكون
بعد موته ولا يعلم في الحال ان المحرز لميراثه بعد موته الخال او ابن العم
فانه لو مات ابن العم قبل المعسر كان ميراثه للخال والا كان لابن العم

واذا

واذا لم يعلم المحرز من غيره تعذر اعتبار الاحراز فبالضرورة يعتبر قيام
سبب الارث في الحال ثم يطلب الترجيح واما الوصية فنفاذها بعد الموت
وبعده يعلم المحرز لميراثه من غيره فيمكننا اعتبار الاحراز وهو الاصل
فوجب اعتباره والله اعلم **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر
وارثا او غير وارث وقت الاقرار حتى لو صار وارثا بسبب تجدد بعد الاقرار
صح الاقرار وان ورث بسبب كان قايما وقت الاقرار لم يصح فلو اقر لاجنبية
ثم تزوجها صح ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موته لم يصح اقراره للاخ
لانه ورث بسبب كان قايما وقت الاقرار فظهر ان اقرار المريض على عكس
الوصية من حيث نفس الاعتبار فان الاعتبار في الاقرار لوقته وفي الوصية
لوقت الموت واما في كيفية الاعتبار فليس الاقرار على عكس الوصية اذ المعتبر
في الاقرار حالة الاقرار بمعنى ان من احرز ميراثه بسبب قايم وقت الاقرار
لم يصح له الاقرار ومن احرزه بسبب حادث صح الاقرار والمعتبر في الوصية
حالة الموت بمعنى ان من كان محرزا لميراثه وقت الموت يبطل الوصية في حقه
سواء احرز بسبب قايم عند الوصية او حادث بعدها ومن لم يحرز ميراثه
بعد الموت لا تبطل الوصية في حقه سواء كان سببا للاحراز قايما وقت
الوصية ام لا فظهر ان الوصية على عكس الاقرار في نفس الاعتبار واما في كيفية
فهي مباينة له لا عكسه **قوله** وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب
باطلة وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق انه
ينبغي ان لا يفعل ولو فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك كذا في الشرح
وذكر الشارح قبيل هذا ان بطلان الوصية للحربي لانعدام الاهلية في حق
الموصى له فان الحربي كالميت في حق اهل الاسلام والميت لا يكون اهلا للوصية
فاذا كان الحربي في حكم الميت والميت لا يثبت له الملك بالوصية فكذا الحربي
وهذا ينافي التوفيق المذكور وجوابه ان المشايخ اختلفوا في وجه عدم
جواز الوصية للحربي فقيل انه كالميت في حقنا وقيل انا نهينا عن البر
في حقهم فعلى الاول الوصية له باطلة لا يستحق بها شيئا وعلى الثاني لا يجوز
ان يوصى له وان اوصى جاز وهم اختلفوا ايضا فمنهم من حمل المذكور في الجامع
الصغير والسير الكبير على روايتين ومنهم من وفق على نحو ما ذكر فالظاهر
ان من وفق بين الروايتين فقد جعل النكتة في عدم الجواز النهي عن المبرة
في حق الحربي ومن حمل على الروايتين فكان النكتة عنده هو ما ذكر الشارح
من انه كالميت فعلى هذا لا تنافر هذا ولكن المذكور في السير الكبير
ان الوصية لاهل الحرب باطلة وصورة ما ذكر فيه لو اوصى مسلم لحربي

والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام
بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان اجازت الورثة
لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا يعمل اجازة الورثة فقد نص
على عدم الجواز في اصل المسئلة وعلى البطلان في الفروع كذا في الذخيرة
وهذا حكم الوصية للحربي اما لو اوصى الحربي لكن دخل دارنا بامان لجائز
لان له ولاية تمليك المال في حيوة بعد وفاته ثم لا فرق في حقه بين
الوصية بالثلث او بجميع المال لان المسلم انما منع من الوصية بما زاد
على الثلث لحق ورثته فان حقهم معصوم ولا عصمة لورثة الحربي
له معصوم فلا يمنع عن الوصية بالجميع كذا في الشرح ولقائل
ان يقول القياس ان لا يصح الوصية لانه تمليك واضافة التمليك
باطل الا انا جوزناها لحاجته الى تدارك ما فات منه والمحتاج اليه
المسلم دون الكافر الا ان يقال شرع الوصية هو المسلم والذمي
والحربي الداخل دارنا بامان تبع له فيعتبر المعنى الموجب لشرعيتها في حق
الاصل قوله ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد
الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قلت ذكر في الذخيرة في الفصل
العشرين من كتاب الدعوى ان الموصى له في حكم الوارث يرد بالعيب
اذا لم يكن للميت وارث حيث قال ولو ان الموصى له اقام البينة ان فلانا
مات ولم يدع وارثا واوصى اليه بالالف التي قبل فلان وديعة وما
الشهود لا نعلم له وارثا والذي قبله المال مقر بالمال يقضي بالالف
للموصى له فرق بين هذا وبين ما اذا كان للميت وارث فان هناك الموع
لا يصلح خصما للموصى له بانه اذا كان له وارث لا يمكن ان يجعل الموصى له
كالوارث لما فيه من ابطال وراثة من جعله الشارع وارثا في قدر الموصى
وليس له ولاية ابطال ما اثبته الشرع فيجعل الايصاء له تمليكا له
وان لم يكن له وارث فالموصى له يجعل وارثا لان الموصى اقامه مقام نفسه
فيما يتركه وهو تفسير الوارث وامكن جعله وارثا لانه لا يؤدي الى ابطال
ما اثبته الشرع فجعل كالوارث ويد المودع لا يدفع خصومة الوارث
ولهذا قلنا ان الموصى له حال قيام الوارث لا يرد بالعيب بمنزلة المشتري
والموهوب له وفي حال عدم الوارث يرد بالعيب كالوارث هذا كلامه
فمتى كان الموصى له كالوارث اذا لم يكن للميت وارث حتى يرد بالعيب وجب
وجب ان لا يشترط قبوله في هذه الصورة والحصر في قوله الا في مسئلة
واحدة يشعر بان القبول شرط في غير هذه المسئلة مطلقا سواء كان

له وارث

له وارث او لم يكن وايضا ذكر المصنف في الشهادات ان ملك الوارث
متجدد حتى يجب عليه الاستبراء ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث
الفقير قوله الا في مسئلة واحدة فان قلت كما لم يشترط القبول في هذه
المسئلة لم يشترط فيما اذا اوصى للحمل بشيء ايضا فكيف يصح الحصر على هذه
المسئلة اجيب بان مسئلة الحمل داخلة في هذه المسئلة دلالة لانه
لما سقط شرط القبول اذا طرا الناس عنه بالموت فلان لا يجب اذا كان
الموصى له ممن لا يتصور منه القبول قوله وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تم الخ وهنا وجه اخر للاستحسان اشير اليه في الذخيرة
وذلك ان الوصية يشبه الهبة من حيث انها تمليك الغير والارث من حيث
انها تملك بالموت فاعتبرناها هبة ما دام القبول موهوما من الموصى له
وارثا متى وقع الياس عن القبول في اخر جزء من اجزاء حيوة الموصى له
فصار الموصى به ملكا للموصى له في اخر جزء من اجزاء حيوته فصار الموصى به
ميراثا لورثة الموصى له من جهته والميراث لازم لا يرتد بالرد فان قلت
ذكر في الذخيرة قبل هذا ان الوصية لما شابهت الهبة والارث شرطنا
قبول الموصى له عملا بشبه الهبة ولم نشترط قبضه عملا بشبه الميراث
فلما روعي شبه الميراث بعدم اشتراط القبض وشبه الهبة باشتراط
القبول فلا حاجة بنا الى اعتبار شبه الميراث ثانيا في عدم اشتراط القبول
عند وقوع الياس عنه لانا قد كفينا مؤنة شبه الميراث في عدم اشتراط
القبض كيف والقبول لما كان شرطا لرعاية جانب الهبة وجب
ان يستوي الحالتان اعني حالة توهم القبول من الموصى له وحالة عدمه
كما في الهبة اجيب بان الوصية واجب التصحيح مهما امكن واذا امكننا
اعتبار شبه الارث والهبة جميعا اعتبرناهما وذلك عند توهم القبول
من الموصى له فاشترطنا القبول حينئذ دون القبض عملا بالشبهين
اما اذا وقع الياس عن القبول فشبه الارث هو المتعين للاعتبار
تنفيذا للوصية بالقدر الممكن واما الوجه المذكور في الكتاب فلا يعقل
فيه فقه سوى ان يقال ان الوصية واجب التنفيذ بالحاقها بعقد
من العقود حتى يصح الوصية بثمرة نخيله الحاقا لها بعقد المعاملة وقد
امكننا الحاقها فيما اذا مات الموصى له قبل القبول ببيع شرط الخيار
فيه للمشتري ثم مات المشتري في مدة الخيار فيجب الالحاق به تنفيذا لها
بالقدر الممكن اما ما دام القبول موهوما يجعلها ملحقة بالهبة لانها اقرب
العقود اليها بخلاف ما اذا وقع الياس منه ثم الاوضح ان يقال بجانب الوصية

وان كان شطر عقد حقيقة فهو فى حكم عقد تام من حيث انه يتوقف على ما
وراء المجلس ولا يتوقف ما وراءه الا العقد التام فاعتبرناه شطر عقد
عند توهم القبول وعقدا تاما عند الياس عنه عملا بالاعتبارين
فيصح الحاقه بالشرى بشرط الخيار وثمه اذا مات المشترى لزم العقد
فكذا هنا لان كلا منهما عقد يتوقف لزومه على اسقاط الحق وبهذا يسقط
ان الشرى بشرط الخيار عقد تام وايجاب الوصية شطر عقد فانى يتفاوتان
وكيف يلحق الشطر بالعقد التام والله اعلم **قوله** بخلاف العبد والمكاتب
اذا قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان لان اهليتهما مستتمة
والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه مشكل لان العبد
لا يستاهل للتمليك لانه ليس بمالك للرقبة والتمليك من غير المالك لا يكون
والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فلا يملكه الا من كان اهلا
للملك والرق ينافى المالكية فينافى التمليك نعم هذه وصية معلقة
بالاعتاق ولكن التعليق انما يملكه مالك التنجيز فالعبد لا يملك
تنجيز الوصية بان قال اذا مت فثلثى لفلان فكذا لا يملك تعليقها
بان قال اذا اعتقت فثلثى لفلان وجوابه ان المعلق بالشرط عدم
قبل وجوده فالتمليك المعلق ليس بتمليك فى الحال بل هو عبارة ملزمة
ليس الا فيملكه من كان مالكا للعبارة وللعبد عبارة صحيحة فيجب ان
يعتبر اذا اضافه الى حال زوال حق المولى فاما الوصية المنجزة فانما
لا يملكها العبد لانه تعليق التمليك بالموت ومن شرط التعليق ان يكون
الجزاء ظاهر النزول عند وجود الشرط ووصية العبد ليس كذلك
بل الظاهر فيه عدم النزول اذ هو عبد فى الحال فالظاهر بقاؤه
على صفة الرق عند الموت وتمليك العبد باطل فاما اذا علق الوصية
بالاعتاق فالوصية عند وجوده بعد الاعتاق يصير ظاهر الوقوع
عند الموت فلا مانع من صحته **قوله** ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا
وضع لاقل من ستة اشهر اى من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية
لان وجود الموصى له انما يشترط وقت وجوب الوصية وهو وقت الموت
لا وقت الوصية وقوله اذا ولدت لاقل من ستة اشهر يتعلق بهما
جميعا كذا فى الشرح **قلت** ذكر الشارح فى اول الكتاب عند بيان شرايط
الوصية ما يدل على ان وجود الموصى له شرط عند الوصية حيث قال
ومنها اى من الشرايط ان يكون الموصى له موجودا حيا وان لم يكن مولودا
حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح والا فلا

وانما

وانما يعرف حيوته فى ذلك الوقت اذا ولد لاقل من ستة اشهر حيا
هذا كلامه فهذا يدل على اشتراط وجود الموصى له وقت الوصية وهنا
صرح بان الشرط وجود الموصى له وقت الموت دون الوصية وهذا بناء
على اختلاف الروايتين ففى وصايا شرح الطحاوى الوصية بالحمل وللحمل
جائزة اذا علم انه كان موجودا فى البطن بان ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت موت الموصى وذكر الطحاوى انه يعتبر المدة من وقت الوصية
كذا فى الذخيرة ثم المراد بما ذكر فى الكتاب من قوله اذا وضع لاقل من ستة اشهر
التيقن بوجود الحمل عند موت الموصى والوصية على اختلاف الروايتين
وذلك لما ذكر فى الاصل انه اذا مات الرجل عن امرأة حبلى فاوصى لحملها
رجل ثم ولدت لستة اشهر فصاعدا الى سنتين من يوم موت الزوج
صحت الوصية لان النسب قد ثبت ولا يمكن ثبوته بعلوق حادث
بعد الموت لعدم تصور العلوق من ميت فبالضرورة يثبت النسب بعلوق
حادث قبل موت الزوج فكان الحمل موجودا وقت موت الموصى بالضرورة
وان ولدت لاكثر من ستة اشهر من يوم موت الموصى **قوله** من وقت
الوصية الظاهر انه اعتبر المدة من وقت الوصية كما هو رواية الطحاوى
قوله اما الاول اى الوصية للحمل فلان الوصية استخلاف من وجه لانه
يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية
اذ هى اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك **فان قلت** قد سبق
فى الشرح ان الوصية تشبه الارث من حيث انها تملك بالموت كالارث
وتشبه الهبة من حيث انها تمليك من الغير حتى قلنا بانها لا تملك
قبل القبول كالهبة وتملك من غير قبض كالارث عملا بالشبهين واذا
كان هبة من وجه ينبغى ان لا يثبت استحقاق الوصية للحمل بالشك
لان جهة الهبة تقتضى ان لا تصح للحمل وجهة الارث تقتضى ان تصح فلا
تصح بالشك **قلنا** مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا
صحت بمعدوم على خطر الوجود كالثمر والغلة فاذا دارت بين الثبوت
وعدمه يحكم بثبوته دفعا لحاجة الميت ويجعل شبه الوصية بالميراث
راجحة الا يرى انه يجعل المرجوح راجحا لتصحيحها فى مسئلة الوصية
ببيت من دار مشتركة فانه يجعل ثمه فى القسمة معنى الافراز راجحا
مع ان الراجح فى العقار معنى المبادلة على ما يجئ فلان يجعل المساوى
راجحا تصحيحا للوصية اولى **قوله** بعرض الوجود اى عند نفاذ الوصية
وهو وقت موت الموصى فلا يناقض قوله اذ الكلام فيما اذا علم وجوده

وقت الوصية فتأمل **قوله** لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها اى الحمل
ليس من اجزائها حقيقة كاليد والرجل فيصح افرادها بالوصية وذلك
انه انما لا يصح افرادهما ان لو كان الحمل من اجزائها حقيقة كما
لو اوصى بها الا يدها او رجلها ولكن الحمل ليس من اجزائها حقيقة
فصح افرادها بالوصية فكانه كنى بقوله لا يتناول الحمل لفظا عن عدم
كون الحمل من اجزائها حقيقة لان التناول اللفظى لازم لما هو من اجزائها
فكنى بانتفاء اللازم عن انتفاء الملزوم والا فلا تاثير فى صحة افرادها
بالوصية لعدم تناولها لفظا الا من حيث ان عدم تناولها من امارات
انها ليس بجزء لها حقيقة **فان قلت** اذا كان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا وجب ان لا يصح استثناؤه لانه تصرف فى اللفظ **اجيب**
بانه ان كان لا يتناول الحمل لفظا من حيث الحقيقة فهو يتناوله لفظا
من حيث الحكم فان الحمل جزء منها حتى يتنفس بتنفسها ويتغذى بغذائها
وينفصل عنها بالمقراض ويعتق باعتاقها والتناول اللفظى من حيث
الحكم وكونه من اجزائها حكما يكفى لصحة الاستثناء وهذا معنى ما
ذكر فى الكافى بقوله كفى لصحته التنزيل بزيته كما فى استثناء ابليس
يعنى ان الحمل ان لم يكن من اجزائها فهو متزى بزى اجزائها فكان
من اجزائها حكما فصح استثناؤه كما صح استثناء ابليس من الملائكة
اى لكونه فى زى الملك وكونه من الملائكة حكما وان لم يكن منهم حقيقة
فانه كان جنيا لا ملكا لقوله تعالى وكان من الجن ففسق عن امر ربه **قوله**
ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه اى كل جزء من اجزاء الشئ يصح
افراده بالعقد صح استثناؤه من ذلك العقد وما لا فلا وذلك لان
صحة افراده بالعقد دليل انفصاله عن ساير الاجزاء فى حق هذا العقد
ومتى صح انفصاله صح استثناؤه بخلاف ما لا يصح افراده بالعقد فان
عدم صحة افراده به دليل انه لا يحتمل الانفصال فاستحال استثناؤه وبهذا
التقرير سقط ما يقال ان البناء يصح ايراد عقد البيع عليه مع انه لا يجوز
استثناؤه وذلك ان البناء ليس بجزء من الدار لا حقيقة ولا حكما
اذ الدار اسم للعرصة دون البناء وانما هو من توابعه وصفاته والمراد
بالاصل المذكور هو الجزء الذى يصح افراده او لا يصح لان ما ليس بجزء
لا حقيقة ولا حكما فاستثناؤه فى مخرجه باطل لعدم التناول والكلام
فيما كان اللفظ متناولا له غير انه هل يحتمل الانفصال ام لا فان احتمل

فى حق

فى حق عقد صح استثناؤه من ذلك العقد والا فلا **قوله** واذا كان ثابتا
فى الحال يعنى باقامة البينة اذ هى مفروض المسئلة كان فى الجحود كاذبا فكان
لغوا كذا فى بعض الحواشى وقد يقال كيف يصح اقامة البينة على الوصية التى
يمكن دفعها بالرجوع فلا يتحقق الالزام **باب الوصية**
بثلث المال قوله ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
قلت هذا اذا اوصى بما زاد وكان ذلك لا يسلم للموصى له الا باجازة
الوارث اما اذا اوصى بما زاد على الثلث ولم يتوقف ذلك على اجازة الوارث
فابو حنيفة رضى الله عنه يقول يضرب الموصى له بالزيادة على الثلث
ايضا صورته ما اذا ترك امرأة لا وارث له غيرها واوصى لاجنبى بنصف ماله
ولامرأته بنصف ماله يعطى للاجنبى اولا ثلث ماله وللمرأة ربع ما بقى والباقى
يقسم بينهما على قدر حقوقهما ووجه ذلك انا نبدأ بوصية الاجنبى بقدر
الثلث ويعطى للمرأة الميراث ربع ما بقى وصار الحساب من ستة يبقى
ثلثة بينهما على قدر حقهما وحق الاجنبى كان ثلثة وقد استوفى سهمين
بقى حقه فى سهم نصف ذلك السهم فى محل الوصية ونصفه فى محل الميراث
وهو يستحق الضرب بالكل لان الوصية فى هذه المسئلة حصلت بالنصف
وانها لا تتعلق باجازة الوارث فصار النصف ههنا كالثلث فى الوصايا
والوصايا اذا اجتمعت فى ثلث وجب الضرب بها فى كلها فى موضع المزاحمة
وحق المرأة كان فى ثلثة وقد استوفت سهما وما استوفت نصفه من محل
الارث فلا يعتبر وصيتها فيه لكونه مستحقا لها بحكم الارث ونصفه
فى محل وصية الاجنبى فبقى حقها وصية فى سهمين ونصف فانكسر بالانصاف
فيجعل كل نصف سهما فصار وصية المرأة خمسة اسهم ووصية الاجنبى
سهمين فجملته سبعة اسهم فيقسم الثلاثة الباقية بينهما على سبعة اسهم
ولا يستقيم فيضرب اصل الحساب وذلك ستة فى سبعة فيصير اثنان
واربعين يأخذ الاجنبى الثلث اولا وذلك اربعة عشر ويأخذ المرأة
الميراث ربع الباقى سبعة يبقى احد وعشرون يقسم بينهما اسباعا
لها خمسة اسباعه خمسة عشر وسبعان للاجنبى ستة فيحصل للاجنبى
عشرون وللمرأة اثنان وعشرون كذا فى الذخيرة وتوضيحه انه اوصى
بالكل من الاجنبى وامرأته بالنصف ثم بطل وصية المرأة فى سدس النصف
لكونه مستحقا لها بالميراث لانها استحقت سهما من ستة بحكم الارث
موزعا على النصفين فما اصاب النصف الموصى به لها لغت فبقيت لها خمسة
اسداس النصف وبقى حق الاجنبى بعدما استوفى ثلث كل المال فى سدس النصف

فيقسمان الثلثة الباقية على قدر حقهما فيضرب الاجنبي بسهمين والمرأة
بخمسة اسهم **قوله** لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الى قوله والتفضيل
في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه **قلت** هذا يشكل بما ذكر في الكافي
في كتاب الصلح قبيل فصل التخارج حيث قال اذا اسلم في كر بر ثم اصطلحا
على ان يزيد المسلم نصف كر بر الى ذلك الاجل لم يصح الزيادة اجماعا
لانها لو جازت لبطلت من حيث تجوز اذ لو جازت تخرج بعض راس
المال من ذلك السلم حتى يجعل بازاء هذه الزيادة واذا خرج صار
دينا على المسلم اليه فيصير كانه اسلم بدين كان عليه وذا لا يجوز
واذا لم يجز هنا فعلى المسلم اليه ان يرد ثلث المال الى رب السلم
وعليه كر تام وهذا عند ابي حنيفة رض وعندهما لا يرد شيئا من راس المال
وعليه كر بر لان اخراج بعض راس المال كان حكما للزيادة فلما لم يصح
الزيادة لم يصح اخراج شيء منه فيبقى على حاله وله انهما قصدا شيئين اخراج
بعض راس المال من السلم وادخاله في هذه الزيادة والادخال لم يصح
ولكن الاخراج قد صح فيرد ذلك هذا كلامه فما ذكر في مسئلة الوصية
من تعليله وتعليلهما يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة السلم بالعكس
وما ذكر في مسئلة السلم من التعليلين يقتضي ان يكون الجواب في مسئلة
الوصية على العكس **قوله** فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة
اشارة الى ان الوصية بالعين متعلق بعين ما تعلق به حق الورثة
وذلك يشكل بما ذكر في البزدوي من ان حق الورثة يتعلق بالصورة
والمعنى فيما بينهم حتى لا يجوز البيع من احد الورثة ولو بمثل القيمة وبالمعنى
في حق غيرهم حتى يجوز بيع عين من التركة من غيرهم اذا كان بمثل القيمة
وليس لهم ان يردوا البيع فعلى هذا لم يكن الوصية بالعين متعلقا
بعين ما تعلق به حق الورثة ايضا لان حقهم لم يتعلق بالعين في حق
الاجانب بل بمعناها وهي القيمة والوصية انما تكون للاجنبي فلا تكون
الوصية واقعة بعين من اعيان التركة في حق الورثة وجوابه ان حقهم
في المرض يتعلق بالصورة والمعنى وفي حق الاجانب يتعلق بالمعنى دون
الصورة واما اذا مات فحقهم يتعلق بالصورة في حق الاجانب ايضا الا يرى
ان للورثة ان يستخلصوا العين لانفسهم باداء دين الميت من مال اخر
ووقت نفاذ الوصية ما بعد الموت فيتعلق الوصية بما تعلق به حق الورثة
فيبطل نعم يشكل بان تعلق حق الورثة بعين التركة لو يربوا على تعلق حق
الشريك بنصف البيت المعين في الدار المشتركة ثم انه لو اوصى ببيت بعينه

من دار

من دار مشتركة صحت الوصية في كل البيت على احتمال ان ينفذ الوصية
في عينه بان يقع بعد القسمة في نصيب الموصي ثم اذا وقع في نصيبه ينفذ
الوصية في عينه اعتبارا للمعنى الافراز واذا وقع في نصيب شريكه يظهر صحة
الوصية به في الضرب بذرعان كل البيت فيضرب الموصى له بذرعان كله
والورثة بذرعان نصف الدار سوى البيت على ما يجيء تحقيقه فكذا اذا
اوصى بعبد بعينه قيمته الف لانسان وبعبد اخر بعينه لانسان قيمته
الفان ولا مال له غيرهما يجب ان يضرب كل واحد من الموصى لهما بقدر قيمة
عبده الموصى به في الثلث باعتبار احتمال نفاذ تلك الوصية بان خرج له
مال فيخرج العبدان من الثلث ولا يمنع من الصحة الظاهرة في الضرب
تعلق حق الوارث كما لا يمنع منها تعلق حق الشريك فاما الفرقة فمشكلة
والله اعلم **قوله** ولو اوصى بنصيب ابنه الى اخره **قلت** لو اوصى لرجل
بنصيب بنت لو كانت وترك ابنا وامًّا فللموصى له خمسة من سبعة عشر
وللام سهمان وللابن عشرة وان اوصى بنصيب ابن اخر لو كان وترك
زوجة وابنا فللموصى له سبعة من خمسة عشر وللمرأة سهم وللابن سبعة
وان اوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وترك اخا وبنتا واجازا فللموصى له
ثلث المال وان لم يجيزا فله الثلث وفي مثل هذه المسائل كثرة وهي
على قياس مسئلة الكتاب يحتاج الى نوع تامل ووجه الفرق ظاهر فقولك
ان مسئلة الكتاب مقيدة بما اذا كان الابن موجودا فلا شك انه
اذا كان موجودا كانت الوصية معتبرة بحكم الكتاب فلا تصح بخلاف ما اذا
كان معدوما نعم يشكل بان تصحيح الوصية واجب ما امكن تحصيلا لمقصود
الموصي وقد امكن تصحيحه بارادة التقدير وهذا كما صحح الوصية فيما اذا
اوصى احد الشريكين في الدار ببيت معين منها ثم قسمت الدار ووقع البيت
في نصيب الشريك الاخر بارادة التقدير من البيت على ما يجيء تحقيقه الا
ان يقال نصيب الابن هو ما يصيبه بعد الموت مجهول القدر والمجهول
لا يصلح للتقدير فلا يصح ارادة التقدير به بخلاف البيت فانه معلوم القدر
فيصلح للتقدير **قوله** فله اخس سهام الورثة الى قوله ولا يزاد عليه **قلت**
ذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله اخس سهام ورثته
الا ان يكون اخس السهام اكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون
اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة
رضي الله عنه النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة عليه وعلى رواية

الجامع الصغير

جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس كذا في الكافي
ولفظ الكتاب لا يوافق الروايتين حيث لم يجوز الزيادة على السدس بقوله
ولا يزاد عليه ولا النقصان منه لقوله يتم له السدس اللهم الا ان يجعل
قوله ولا يزاد عليه متعلقا بقوله فيتم السدس لا بقوله فله اخس سهام
الورثة يعني له اخس السهام الا ان ينقص عن السدس فح يتم له السدس
ولا يزاد عليه في صورة النقصان فحينئذ يوافق رواية الجامع الصغير
قوله ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه
وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي ان رجلا اوصى بسهم
من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسدس ولانه يذكر
ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا هذا التمسك
مشكل اما اولا فلان التمسك بما روي ان النبي عليه السلام قضى بالسدس
في من اوصى بسهم من ماله يقتضي ان يكون الواجب فيما اذا اوصى بسهم من ماله
هو السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه والمدعى ان الواجب هو اخس
السهام بالغا ما بلغ غير انه ان نقص عن السدس لا ينقص عنه بل يزاد
الى السدس واما ثانيا فلان قوله ان السهم هو السدس بضمير الفصل
وتعريف الجزئين بلام التعريف الموجب لحصر المسند اليه على المسند
يشعر بكون السهم هو السدس ليس الا فيجب ان لا يكون له في الوصية
بالسهم سوى السدس وذلك خلاف المطلوب واما ثالثا فلان
قوله ولانه يذكر ويراد الخ اما دليل اخر على ما ادعى من ان له اخس السهام
لكنه ان انتقص عن السدس يتم له السدس بان يعطف على قوله ولانه كذا
او هو دليل على قوله السهم هو السدس عطفا على قوله هو المروي عن ابن
مسعود واياما فهو لا ينتج المطلوب لان كون السهم في اللغة عبارة
عن السدس وكونه مستعملا في سهم من سهام الورثة لا يوجب الا التردد
بين ان يراد به السدس او سهم من سهام الورثة وانه يقتضي ان يؤخذ
بالمتيقن وهو السدس فيما اذا كان اخس السهام اكثر من السدس
واخس السهام فيما اذا كان اقل منه لا ان يجب اقل السهام بالغا ما بلغ
غير انه ان نقص عن السدس يتم له الا ان يقال ان الوصية تشبه
الميراث وليس بميراث حقيقة وقد ثبت ان السهم في اللغة هو السدس
وفي الميراث خاصة احد سهام الورثة فمن حيث انها ليست بميراث
حقيقة يجب ان يراد بالسهم الموصى به السدس لانه في اللغة هو السدس

وهو الذي

وهو الذي يراد به في غير الميراث فيجب السدس مطلقا ومن حيث انها
تشبه الميراث والسهم اذا استعمل في الميراث يراد به احد سهام الورثة
سدسا كان او غيره يجب ان يراد به احد سهامهم فيجب اخس سهامهم
زاد على السدس او انتقص عنه فعملنا بجهة الحقيقة والشبه جميعا
فقلنا اذا زاد على السدس يجب اخس سهام الورثة عملا بجهة الشبه
بالميراث الموجب لصرف السهم الى احد سهام الورثة ثم العمل بالاقل
المتيقن وقلنا يعطى له السدس اذا كان اخس السهام ما دون السدس
عملا بجهة الحقيقة الموجبة لصرف السهم الى السدس والتعيين بتحري
المجتهد واما قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بالسدس فيمن اوصى بسهم
من ماله فلا يقتضي ان يجب السدس على الاطلاق لان قضاه عليه السلام
فعل والفعل ليس له اطلاق ولا عموم وجاز ان يكون القضاء به فيما
اذا كان اخس سهام الورثة اقل من السدس فيتمم السدس او كان اخس
السهام هو السدس قوله غير ان الجهالة لا يمنع الوصية اي استحسانا
والقياس ان يمنعها لانه تمليك مضاف وتمليك المجهول باطل لكن لما وجب
تصحيح الوصية بالقدر الممكن الحقناها بالاقرار بالمجهول واقمنا الورثة
مقام المورث في البيان استحسانا تصحيحا للوصية والا فهم لا يقومون
مقامه في بيان الاقرار بالمجهول الصادر من المورث واما اذا اوصى
للمجهول فلا يصح لان الاقرار للمجهول باطل فلا يصح الالحاق به فلم نجد
لتصحيحها سبيلا فبطلت قوله ولنا ان في الجنس الواحد الى اخره
اعلم ان عباراتهم في بيان الفرق بين الجنس الواحد والاجناس المختلفة
مختلفة فذكر في الكافي والفرق ان ما يحتمل القسمة فتسمية الجزء من الجملة
وتسميته قدرا منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الجبر في القسمة
ولم يكن له ان يعين حق احد الشريكين في درهمين في درهم واحد ولما
صار للقاضي هذه الولاية ثبت ان الجزء من الجملة بمنزلة قدر منها
ولو سمى درهما من ثلثة دراهم لوجب تسليم ما بقي لانه درهم مما سمي والمال
المشترك انما يهلك على الشركة اذا استوى الحقان واما اذا تقدم
احدهما فالهلاك يصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة ديون ووصايا
وورثة ثم هلك بعض التركة يصرف الى المؤخر حقه وهو اصحاب الوصايا
والورثة لان الدين مقدم على الكل وهنا الوصية مقدمة على الارث
فيصرف الهلاك الى الارث وذكر الامام المحبوبي ان حق الموصى له
مقدم في التنفيذ على حق الوارث والمال المشتمل على صنف وتبع اذا هلك

شئ منه يصرف الهلاك فيه الى التبع كمال المضاربة يصرف فيه الهلاك الى الربح لا الى راس المال فكذا هنا يصرف الهلاك الى نصيب الوارث الذى هو تبع بخلاف الاجناس المختلفة لانها لا تقسم قسمة واحدة فتعذر صرف الهلاك الى نصيب الورثة لان ذلك نوع قسمة فبقى الباقى مشتركا وفيهما نظر لان الوصية لو كانت مقدمة على الارث كتقدم الدين عليه او كان حق الورثة كالربح فى مال المضاربة لوجب ان يصرف الهلاك الى حق الورثة اتحد الجنس او اختلف كما فى صورة الدين والربح فى مال المضاربة وان يستحق الموصى له ما بقى خرج ذلك من ثلث ماله او لم يخرج وغاية ما يمكن ان يقال ان حق الموصى له مقدم فى القسمة والافراز لا فى التعلق حتى ان حقه لا يمنع تعلق حق الوارث اصلا لكنه يقدم فى تعيين الحق بمعنى انه يجب تسليم قدر الموصى به اولا ثم يقسم التركة بين الورثة بحيث امكن القسمة وجب تقديمه ومتى قدمناه فى القسمة وعينا حقه فى الباقى صار كانه اوصى له بهذا القدر ابتداء ولو كان اوصى له ابتداء كان له ذلك ان خرج من الثلث والا فبقدر الثلث بخلاف ما لا يمكن القسمة فيه حيث لا يمكننا تقديمه فى القسمة فبقى الباقى على الشركة بالضرورة واما رب الدين فحقه مقدم على حق الوارث فى التعلق حتى يمنع تعلق حق الوارث اذا كان مستغرقا ومع وجود الدين لا يتعلق حق الوارث اختلف الجنس او اتحد فبالضرورة يصرف الهلاك هنالك الى حق الوارث مطلقا بخلاف حق الموصى له فانه مقدم فى القسمة دون التعلق فيظهر التقدم فيما يحتمل القسمة دون ما لا يحتمله فيصرف الهلاك الى حق الورثة فى متحد الجنس دون مختلفه ثم الاوضح ان يقال فى الفرق ان ما لا تفاوت بين افراده اصلا كالمثليات او قل التفاوت بين افراده كالغنم والابل فجميع افراده فى الحكم كشئ واحد ولو اوصى بثلث شئ فهلك ثلثاه ينفذ الوصية فى الثلث الباقى ان خرج من ثلث كل المال فكذا لو اوصى بثلث اشياء متعددة هى فى حكم الواحد باعتبار عدم التفاوت بين افراده او قلته فهلك ثلثاه تنفذ الوصية فى الباقى ان خرج من الثلث تنفيذا للوصية بالقدر الممكن لان مبناها على الاحتياط حتى يجعل فيها المعدوم كالموجود والمغلوب كالغالب تصحيحا لها بالقدر الممكن فاما ما يكون التفاوت بين افراده فاحشا فلا يمكن ان يجعل الكل كشئ واحد بل يجب ان يصير كل فرد كان ليس معه غيره فالوصية بثلثها كالوصية بثلث كل فرد على حدة ولو اوصى بثلث كل فرد

على حدة

على حدة فهلك بعضها هلك بما فيه من الوصية وبقيت الوصية بثلث ما بقى وذلك كالوصية بثلث الدور او الثياب المختلفة او الاوراق فتأمل وهذا مما سنح خاطرى والله اعلم **قوله** والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى **قلت** بهذا يشكل ما سياتيك انه اذا اقتسم الابنان تركة الاب الفاتم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده لانه اقر بثلث شايع فى التركة وهى فى ايديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا لما فى يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه اما الموصى له بالثلث فشريك الوارث فلا يسلم له شئ الا وان يسلم للورثة مثلاه هذا فلو كانت الوصية مقدمة كما ذكرنا هنا وجب ان يتحد الجواب فى الاقرار بالوصية والاقرار بالدين فى المسئلة المذكورة وجوابه يخرج مما ذكرنا من الفرق بين الموصى له وحق الداين فتامل **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد وقد يشكل الفرق بين هذا وبين ما اذا اوصى بالثلث لموالى بنى فلان فاذا له مولى واحد يكون له النصف وكان النصف الاخر مردود الى الورثة ووجه الفرق ان قضيته قلنا لموالى فلان ان يكون لكل واحد من المولين كقولنا بين زيد وعمرو وعمرو ميت فلا يستحق الموجود الا النصف حيث لم يوص له الا بالنصف فلا يستحق الزيادة بخلاف ما اذا قال وصيت لزيد وعمرو فاذا عمرو ميت لانه لما قال اوصيت بثلث مالى لزيد فقد تمت الوصية ولهذا لو رد احدهما كان للاخر تمام الثلث ثم العطف مغير والكلام ان كان يتوقف على اخره اذا كان فى اخره ما يغير اوله ولكن العطف هنا لا يصح مغيرا لعدم الاهلية فبقيت الوصية بالثلث لزيد بلا مزاحم فيستحق الثلث بتمامه وقد يقال فى الفرق انه يكتفى لصحة الوصية وانعقادها بتوهم وجود الموصى له وقت الموت الا يرى انه لو اوصى لولد فلان ولم يكن له ولد وانما ولد بعد الوصية قبل موت الموصى فالوصية له صحيحة صرح بذلك فى المبسوط وكذا الوصية للحمل جائزة اذا علم وجودها وقت الموصى وان لم يكن موجودا حالة الوصية على ما مر اليه الاشارة فى الشرح ولا شك ان وجود مولى اخر متوهم عند موت الموصى فينعقد الوصية بالكل لمواليه ثم اذا لم يكن حالة الموت الا مولى واحد فبنصف ضرورة كما اذا اوصى لزيد وعمرو ثم مات احدهما بخلاف ما اذا كان

احدهما ميتا حيث لا يتوهم وجود الميت حالة الموت فلا ينفذ الوصية له
فيكون كلا لا يجاب والحق فيستحق كل الثلث ولكنه غير سديد لانه اذا
اوصى لزيد ولولد بكر ولبكر ولد فمات ولده قبل موت الموصى فالثلث
كله لزيد وان لم يمت الموصى حتى ولد لبكر عشرة اولاد ثم مات الموصى فالثلث
بين زيد واولاد بكر على عدد رؤسهم لان الموصى له اذا كان غير عين يعتبر
صحة الايجاب يوم موت الموصى ويوم موته لبكر عشرة اولاد فيقسم الثلث
على احد عشر سهما كذا في الذخيرة والكافي فعلم ان انعقاد الوصية لا كثر
من واحد فيما اذا كان الموصى له غير عين لا يوجب التنصيف اذا كان احدهما
موجودا عند الموت بخلاف ما تقدم وهو قوله اوصيت لفلان
وفلان لان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية
بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل كذا
في الكافي وهو مشكل اما اولا فلان المزاحمة انما تكون بالاستحقاق
وانه في يعتبر وجود الموصى به عنده لا قبله فلو كان كل
من المعطوف والمعطوف عليه حيا وقت الوصية ثم مات المعطوف قبل
موت الموصى الثلث كله للمعطوف عليه كما اذا كان ميتا حين
الوصية واما ثانيا اذا كان مقتضيا للشركة في عين الحكم لزم ان تكون
قولنا لفلان وفلان كقولنا اوصيت بالثلث لفلان اوصيت
وليس كذلك فان الثاني لو كان حيا حين الوصية ثم
مات قبل موت الموصى كان للاول نصف الثلث في قولنا اوصيت
لفلان وفلان الثلث في قولنا اوصيت لفلان بالثلث
اوصيت لفلان واما ثالثا فلانه لو كان المذكور اعني قولنا
اوصيت بالثلث لفلان وصية بكل الثلث للاول وبكله للثاني كما
هو المنصوص ان يكون كل الثلث للاجنبي فيما اذا اوصى لفلان
وفلان وارثه كما لو قال اوصيت لفلان ثم قال اوصيت لفلان
وليس كذلك بل ليس في صورة العطف للاول الا النصف
على ان العطف في حكم التسمية و
بلفظ الجمع **قوله** لان الوصية استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت
حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله **فان قلت** الوصية
تعليق التمليك بالموت معنى وشرط صحة التعليق ان يكون الجزاء نازلا
عند وجود الشرط يقينا او غالبا نحو ان نكحتك فانت طالق او لمنكوحة
ان دخلت الدار فانت طالق فالجزاء في الاول نازل عند وجود الشرط

قطعا وفي الثاني غالبا اذ الظاهر انها تبقى منكوحة عند وجود الشرط لانها
في نكاحه في الحال والظاهر في كل ثابت بقاؤه اما لو قال لاجنبية ان
دخلت الدار فانت طالق فهذا تعليق باطل حتى لو نكحها ثم دخلت الدار
لم تطلق لان الجزاء فيه ليس بنازل عند وجود الشرط لا قطعا ولا ظاهرا
بل الظاهر عدم النزول لانها ليست في ملكه في الحال والظاهر في كل ما هو
ثابت في الحال ان يكون كذلك في ثاني الحال فعلى هذا يجب ان لا يصح تعليق
التمليك بالموت الا وان يكون الجزاء ظاهر الوقوع عند وجود الشرط ولن يكون
كذلك الا وان يكون المال الموصى به في ملكه في الحال ليكون وجوده بعد الموت
ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن موجودا عند الوصية لان الظاهر فيه عدم
نزول الجزاء عند وجود الشرط ومثل هذا التعليق باطل في مخرجه
كتعليق طلاق الاجنبية بدخول الدار مع امكان دخولها في الملك قبل
وجود الشرط فالفرق بين طلاق الاجنبية بدخول الدار مثلا وبين
تعليق تمليك المال المعدوم في الحال على الموت في ان الاول باطل والثاني
صحيح مع ان الجزاء فيهما ليس بظاهر النزول عند وجود الشرط وكونه ظاهر
النزول عند نزول الجزاء شرط صحة التعليق **اجيب** بان الوصية بالمال
وليس له مال انما يصح اذا اوصى بمطلق المال ووجود مطلق المال عند موت
الموصى غالب اذ المرء في العادة لا يخلو عن ان يترك شيئا من المال والغالب
في حكم المتيقن فكان كتعليق المنكوحة دون الاجنبية حتى لو اوصى بمال
بعينه لا يصح الوصية اذا كان ذلك المال موجودا في ملكه حتى لو اوصى بدار
لغيره ثم ملكه لا تنفذ وصيته **فان قلت** كما يصح الوصية بمطلق المال
يصح بنوع خاص من المال اذا كان شايعا نحو ان يوصي بغنم او شاة مع ان
تملك النوع الخاص من المال ليس بغالب **اجيب** بان في جواز الوصية
بنوع خاص شايع اذا لم يكن في ملكه روايتين قلنا ولو سلم فتملك نوع
خاص من المال بالنسبة الى فرد خاص ومبنى الوصية على الاحتياط فاعتبر فيه
الغالب ولو بالاضافة الى الغير كالمتيقن بخلاف المال الخاص كدار وفرس
لغيره فان تملكه ليس بغالب اصلا **قوله** فالصحيح ان الوصية تصح لان الوصية
لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه **فرق** في الذخيرة بين ما
اذا كانت الوصية بلفظ المال وبين ما اذا كانت باسم نوعه بان الموصى به
اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى
بعين ثم ملكه لا تصح واذا كان في ملكه يوم الوصية فالوصية تتعلق به
حتى لو هلك يبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير عين وهو شايع في بعض التركة

فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية ومتى كان الموصى به
غير عين وهو شايع فى جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به
يوم موت الموصى واذا كان الموصى به موجودا فى ملك الموصى فالوصية
لا تتعلق به حتى تبطل بهلاكه وذلك ان الميت لما اوصى بشئ غير عين وهو
شايع فى جميع المال فقد جعله كالورثة لان الوارث هو الذى يستحقه
فى جميع المال شايعا والوارث انما يرث مال المورث يوم الموت
لا ما كان قبل الموت ولم يبق فكذا الموصى له بخلاف ما اذا اوصى بعين
او شايع فى بعض التركة حيث لم يجعله كالوارث لان حق الوارث شايع
فى جميع التركة وحقه اما عين او شايع فى بعض التركة فكانت الوصية
فى هذه الصورة معتبرة بالهبة فتتعلق بالموجود يوم الوصية كالهبة
تتعلق بالموجود وقت الهبة فبهذا ظهر ان قياس ما يكون باسم النوع
شايعا فى بعض التركة على ما يكون باسم المال فى جميع التركة غير صحيح لان
الموصى له فى الاول كالوارث وفى الثانى كالموهوب له وبعبارة اخرى
ان الموصى به اذا كان شايعا فى بعض التركة فالموصى له يشبه الوارث
من حيث ان حقه شايع كحق الوارث ويشبه الموهوب له ايضا من حيث
ان حقه لم يتعلق بجميع المال شايعا كحق الموهوب له فاعتباره بالوارث
يوجب ان يستحق ما كان موجودا يوم الموت دون الوصية واعتباره
بالموهوب له يوجب ان لا يستحقه فلا يثبت الاستحقاق بالشك هذا
ولكن لقائل ان يقول ان حق الوارث كما يثبت شايعا فى كل التركة يثبت
شايعا فى بعضها كما لو اوصى بعين من اعيان التركة لرجل وللموصى وارثان لكل
من وارثيه حق شايع فى بعض التركة اذ لا يتعلق حقهما بعين اوصى بها للغير
وربما يثبت حق الوارث فى عين ايضا كما اذا ترك وارثا واحدا ولم يوص
لاحد بشئ من ماله فلا وجه لاعتبار الموصى له كالموهوب اذا كانت الوصية
بعين او بشايع فى بعض التركة او الوارث اذا كانت بشايع فى جميع التركة
فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولقائل ان يقول هو فضل منه
لكن فيما اذا كان الموصى له كالوارث وذلك فيما اذا كانت الوصية بشايع فى جميع
التركة اما اذا كان كالموهوب له كما اذا اوصى بعين فانه يعتبر وجود
الموصى به فيه يوم الوصية وفيما اذا اوصى بشايع فى بعض التركة الموصى له كالموهوب
من حيث ان حق كل واحد منهما ليس بشايع فى الكل فلا يكون وجود الموصى به
وقت الوصية فضلا منه واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة
لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وهن بعد الموت حرائر كما فى الكافى

وهو

وهو مشكل لما ذكر فيه بعد هذا انه لو اوصى لمواليه لا يدخل فى الوصية
مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية
مضافة الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله ليثبت الاستحقاق
وعن ابى يوسف انهم يدخلون فى الوصية لان سبب الاستحقاق لازم فى حقهم
فينطلق اسم المولى عليهم هذا لفظه ولا شك ان الحرية لامهات الاولاد
وثبوت اسم الموالى لهن فى زمان واحد وكل منهما شرط للاستحقاق
اذ الحرية شرط لثبوت استحقاق امهات الاولاد الوصية فيما اذا اوصى
لامهات اولاده اذ الوصية لارقائه بغير رقابهم باطلة واسم المولى زمان
تحقق الوصية ايضا شرط الاستحقاق فيما اذا اوصى لمواليه ثم ثبوت
الحرية لهن يكفى لاستحقاقهن الوصية فكذا ثبوت اسم الموالى لهن
يجب ان يكفى للاستحقاق او كما لا يكفى ثبوت اسم الموالى لهن يجب
ان لا يكفى ثبوت الحرية لهن ايضا اما ان يكفى احدهما دون الاخر مع كونهما
شرطين يثبتان فى زمان واحد فلا وجه نعرف لذلك الا ان يقال
زمان حلول الوصية وزمان تحقق الحرية فى ام الولد وان كانا واحدا
والمتقارنان وان لم يتقدم احدهما الاخر فلكل منهما شبهة التقدم
فيعتبر هذه الشبهة كالمتحقق عند توقف صحة الوصية عليه لان مبناها
على الاحتياط حتى يعتبر فيها المعدوم موجودا والمرجوح راجحا على ما
سيأتيك فى اثناء المسائل والوصية لامهات الاولاد لا تصح الا بان
سابقة على الوصية لها وله شبهة التقدم فيعتبر متقدما تصحيحا
لها بخلاف الوصية لمواليه فان صحة هذه الوصية لا تتوقف على اعتبار
تقدم اسم المولى فى مدبره وام ولده سابقا على زمان الوصية لانها وصية
صحيحة فى نفسها حتى لو كان له معتق يدخل فى هذه الوصية ولا يتوقف
صحتها على اعتبار المقارن متقدما فلا يصار اليه من غير حاجة وذكر
فى الذخيرة ان القياس ان لا يصح الوصية لام الولد لانها تمليك مضاف
الى ما بعد الموت وبعد موت مولاها حال حلول العتق والعتق يحلها
وهى امة والوصية لامته بغير رقبتها باطلة الا انا جوزناها استحسانا
لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بدلالة حال
الموصى اذ الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والوصية
لام الولد انما تصح لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها هذا كلامه وفيه
نظر اذ الوصية فى حقهن لو كانت مضافة الى ما بعد عتقهن وهى فى حق
غيرهن من الفقراء والمساكين مضافة الى ما بعد لم يصح الجمع بين وصيتهن

ووصية غيرهن بايجاب واحد فيما اذا قال اوصيت لامهات اولادي وللفقراء والمساكين لاستحالة ان يكون الايجاب الواحد مضافا الى رقبته وحيث صح ذلك علم ان الوصية في حره وايضا اذا اوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند ابي حنيفة رح لانه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث ساير امواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر امواله لانه حر كالمكاتب عنده والوصية لمكاتبه صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه وهي فرع تجزى الاعتاق كذا في الكافي ولا يخفى ان الوصية بثلث ساير امواله ليست بمضافة الى ما بعد عتق بعضه لان عتق البعض بناء على ان الوصية بثلث ماله تتضمن الوصية بثلث نفسه من حيث ان ثلث نفسه من جملة ثلث ماله والوصية بثلث ماله مضافة الى ما بعد الموت لا الى ما بعد العتق والا كانت الوصية بثلث نفسه الموجبة لعتق بعضه ايضا مضافة الى ما بعد العتق لانه تثبت في ضمن الوصية بثلث المال المضافة الى ما بعد الموت فيؤدي الى تقدم العتق على ما يوجبه وانه محال فلا يتاتى الاستحسان المذكور في امهات الاولاد هنا **قوله** لان المدعي لا يصدق الا بحجة وقد يقال تصديق المدعي ان كان لا يجب قضاء فهو واجب ديانة اذا كان محقا في زعم المدعى عليه والوجوب ديانة يكفي لصحة الامر بالتصديق والدعوى في التركة على المورث ولكن الوارث خصم عنه لقيامه مقامه فيجب عليه ان يامرهم بالتصديق اذا كان المدعي محقا في دعواه والله اعلم **قوله** فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شايعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق بقدر حقه وهذا يشكل بما اذا اقتسما تركة الاب ثم اقر احدهما بدين مستغرق جميع ما في يده حيث يأخذ المقر له جميع ما في يده لان الدين مقدم على الميراث فيكون بتقدمه عليه فكذا هنا لما ظهر في التركة دين شايع بالاقرار والدين مقدم على الوارث يجب ان يأخذ المقر له من الفريق المقر جميع ما اقر ان كان الاخر مكذبا وان كان مصدقا في البعض مكذبا في البعض يجب ان يكون ما تصادقا عليه في مالهما على قدر حقهما ويؤخذ الزيادة من المقر بها لانه اقر بالدين فيكون اقرارا بتقدم المقر له عليه **قوله** والوارث من اهلها فافترقا وقد يشكل بما اذا اوصى بثلث ماله لزيد وعمرو

وهما

وهما حيان ثم رد عمرو وصية يكون لزيد تمام الثلث وعلى ما ذكر يجب ان يكون له نصف الثلث لان الوصية قد انعقد لعمرو في حق الموصي لانه تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة غير انها تبطل بالرد كما انها تنعقد في حق الوارث ثم تبطل برد الورثة **قوله** واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه **قلت** ان في هذه المسئلة اشكالا في ستة مواضع الاول في قوله فللموصى له مثل ذرع البيت وذلك انه ينافض ما سياتي من ان البيت اذا وقع نصيب شريكه والدار مائة اذرع والبيت عشرة اذرع يقسم ما وقع في نصيبه للموصى على احد عشر سهما عندهما فلو كان للموصى له مثل ذرع البيت لكان ينبغي ان يقسم على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة وجوابه ان المراد بقوله له مثل ذرع البيت انه يصح الوصية في مقدار ذرعه ضربا لا استحقاقا حتى يضرب بمقدار ذرعه ويضرب الورثة بمقدار نصف الدار سوى البيت فيقتسمون بطريق العول ضرورة تضيق المحل كما لو اوصى لرجل بالف درهم ولآخر بالفين فان الوصية تصح في الكل ضربا لا استحقاقا وان كان لا يخرج من الثلث لان صاحب الالف يضرب في الثلث بالالف وصاحب الالفين يضرب فيه بالالفين فيكون الثلث بينهما اثلاثا بطريق العول الثاني في قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وذلك ان هذا يخالف ما ذكره المصنف رح في كتاب القسمة ان الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض فوجه التوفيق مشتبه واجاب الشارح فقال ووجه ما ذكر هنالك ايضا بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء والذي نحن فيه من جنس واحد فكان معنى المبادلة فيها تابعا كما ذكر هنا لان الجبر لا يجري في المبادلات ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اي اذا لم يكن من جنس واحد الى هنا لفظه **وفيه نظر** اما اولا فلما ذكر في الكافي في كتاب الدعوى فقال دار لثلثة مات احدهم وبرهن رجل انه اخ الميت وفضوله ثم ادعى اخر انه ابن الميت وكذبه الاخ وصدقه الشريكان فلا سبيل له على ما في يد الاخ قبل اقامة البينة لانه مكذب وبمجرد الدعوى لا يستحق شيئا وان اراد ان يدخل مع الشريكين في نصيبهما باقرارهما لم يكن له ذلك لان القاضي جعل نصيب الميت في يد اخيه بقضائه فهما وان اقرا بانه ابن الميت فانما اقرا

بنصيب الميت وليس في ايديهما شئ من نصيب الميت فلا سبيل له عليهما
قبل القسمة وبعد القسمة بقضاء او بغيره يدخل الابن في نصيبهما لان
القسمة في غير المثليات مبادلة حكما فكان بعض ما للميت في ايديهما عوضا
عما كان لهما كما لو اخذ بلا حكم فانه يدخل في نصيبهما قبل القسمة لانهما
اقرا ان الاخ غصب منهما الثلث شايعا اذ الفعل الحسي انما يرد
على البعض المعين من جملة الباقي فبقي الباقي مشتركا بخلاف المثلي اي
اذا كان مثليا كالمكيل والموزون لا يشاركهما لانه افراز محض هذا كلامه
فقد اعتبر قسمة الدار مبادلة لا افرازا وبهذا صرح المصنف
والشارح في كتاب الوقف فقال المصنف واذا صح الوقف لم يجز
بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك
القسمة فيصح مقاسمة اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانه تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى
المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف
فلم يكن بيعا وتمليكا وقال الشارح قوله الا ان يكون مشاعا استثنا
من قوله لم يجز بيعه على طريق الاتساع لان القسمة ليست من انواع البيع
ولكن المبادلة راجحة في العروض بخلاف المكيلات والموزونات
فان معنى الافراز والتمييز راجح فيها ولما كان المبادلة راجحة في قسمة
العقار جوز استثناؤها من البيع لوجود معنى البيع من وجه فهذا
تنصيص من المصنف والشارح على ان معنى المبادلة في الحيوانات
والعروض من الغالب وان كان من جنس واحد وان معنى المبادلة في قسمة
العقار راجح فلا يصح ان يحمل قوله في كتاب القسمة ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض على ما اذا لم يكن من جنس واحد كما ظن الشارح
واما ثانيا فلان ما ذكر الشارح هنا يخالف ما ذكر في كتاب القسمة
رواية ودراية حيث قال عند قوله ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة اي في جميع
الصور سواء كانت في ذوات الامثال وغيرها لكن في ذوات الامثال
معنى الافراز راجح لان ما قبضه كل واحد نصفه ملكه من الاصل
بحقيقة ونصفه ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه بالقسمة الا ان
ما اخذ كل واحد من نصيب صاحبه في ذوات الامثال مثل ما ترك
عليه بتعين فاخذ مثل الحق يتعين كاخذ عينه حكما وقال عند قوله ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اي في غير ذوات الامثال
كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال

فتسمية

فتسمية المبادلة فيها راجحة لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة
هو مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما اخذ
كل منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات
الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المبادلة بيقين فالافراز
مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبايعة بالحقيقة الى هنا لفظه وهذا
تصريح بان المبادلة في غير ذوات الامثال راجحة سواء كانت من جنس واحد
او لم يكن اذ الفقه المذكور لا يفترق بين متحد الجنس ومختلفه ثم قال عند قوله
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة هذا جواب لسؤال
مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
بان يقال لو كان الرجحان للمبايعة لكان لا يجبر الآبي على القسمة في غير ذوات
الامثال قلنا انما يجبر لدفع الضرر عن الغير كالغريم يجبر ليقضي الدين هذا
لفظه فلو كان المراد من قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض
ما اذا لم يكن جنسا واحدا كما صرح به هنا لم يكن لهذا السؤال والجواب
معنى ثم هذا اعتراف من الشارح بان الراجح في غير ذوات الامثال التي
يجبر فيها على القسمة هو معنى المبادلة فالاولى ان يقال قوله ومعنى المبادلة
في هذه القسمة تابع معناه انها جعلت تابعة تصحيحا للتصرف كما جعلت
تابعة في الوقف لتصحيحه وان كان هو راجحا في نفسه وفي الوصية يجعل
المعدوم كالموجود فما ظنك باعتبار المرجوح والله اعلم الثالث في قوله
اما لانه عوضه كما ذكرنا اي في مسئلة الجارية المقتولة ووجه الاشكال
ان المعاوضة انما تتحقق في نصف البيت لما سبق ان ما ياخذ كل واحد
منهما نصفه ملكه من الاصل ونصفه ملك صاحبه صار له من جهة صاحبه
بالقسمة فيكون نصف البيت لمن وقع في نصيبه بلا عوض واما المعاوضة
في النصف الذي صار له من جهة صاحبه فلما كان المعاوضة في النصف ينبغي
ان يكون للموصى له مثل ذرعان نصف البيت اذ ليس ما وقع في نصيب الموصي
من عوض البيت الا مثل نصف ذرعانه ضرورة انه لا معاوضة الا في نصف
البيت فقوله اما لانه اي قدر ذرعان جميعه عوضه اي عوض البيت
ممنوع وجوابه ان المعاوضة في النصف ثابتة حقيقة لانه ملكه صار
لصاحبه من جهته وفي النصف الآخر شبهة لشبهة الملك من حيث انه كان
بعرضية ان يقع في نصيب الموصي فيملكه والشبهة في باب الوصية كالحقيقة
لانه يحتال في اثباتها لحاجة الميت اليها فاعتبرنا في الوصية في الكل كان
جميع ما سلم للموصي عوض لجميع ما سلم لشريكه فتنفذ الوصية في قدر ذرعات

جميع البيت

لانه عوضه بعضه حقيقة وبعضه شبهة نعم يشكل بانه اعتبر البيت
اذا وقع فی نصیب الموصی عین حقه نظرا الی معنی الافراز ثم اعتبرنا
ما وقع فی نصیب الموصی من قدر ذرعان البیت اذا لم یقع البیت فی نصیبه
عوض البیت ولا وجه الی ذلک لانه ان اعتبر فی هذه القسمة معنی
الافراز وجب ان یجعل ما یقع فی نصیب الموصی عین حقه فی الوجهین
وان اعتبر فیها معنی المبادلة لزم ان یجعل ذلک عوض حقه فی الوجهین
الا ان یقال اعتبر معنی الافراز فیما اذا وقع البیت فی نصیب الموصی
ومعنی المبادلة فیما اذا وقع فی نصیب شریکه تنفیذا للوصیة التی یجب
تنفیذها بالقدر الممکن ویشکل ایضا بان قدر ذرعان البیت
اذا کان عوضه یجب ان یستحق الموصی له جمیع ذرعانه کما کان یستحق
جمیع البیت اذا وقع فی نصیب الموصی ولا یستحقه بل یضرب به وجوابه
سنذکره ان شاء الله تعالی وایضا ذکر فی الکافی انه لو اوصی
عبده من زید بالف هو قیمته واوصی برقبته لبکر ولا مال له غیره
ولم یجز الوصیة بالرقبة ولا یعتبر اجازة الوصیة بالبیع لانه لا محاباة
فیه فلبکر نصف سدسه عنده وسدسه عندهما بیانه انه اذا لم یجزوا
بطلت الوصیة بالرقبة فیما زاد علی الثلث ضربا واستحقاقا عنده فبقیت
الوصیة بالرقبة وصیة بالثلث والوصیة بالبیع وصیة بالکل فیضرب
فیضرب الموصی بالرقبة فی الثلث بالثلث والموصی له بالبیع یضرب
فی الثلث بالکل فصار الثلث بینهما علی اربعة سهم للموصی له بالرقبة
وهو ربع الثلث وهو جزء من اثنی عشر جزءا من العبد ویباع
ما بقی من العبد من الموصی له بالبیع باحد عشر جزءا من اثنی عشر جزءا
من الالف وعندهما بطلت الوصیة بالرقبة فیما زاد علی الثلث استحقاقا
لا ضربا فبقیت الوصیة بکل الرقبة فی حق الضرب فیضرب کل واحد
فی الثلث بالکل فصار الثلث سهمین وجمیع الرقبة ستة یعطی الموصی له
بالرقبة نصف الثلث سهم من ستة وهو سدس العبد ویباع ما بقی
من الموصی له بالبیع بخمسة اسداس الالف ولا یکمل وصیة الموصی له بالرقبة
الی تمام الثلث من الالف وذلک سدس ونصف سدس عنده وسدس
عندهما لان الوصیة فی ذلک بطلت فی العین باستحقاق الموصی له
بالبیع ومتی بطلت فی العین بالاستحقاق لا یتحول الی البدل وقت
البیع بخلاف العبد الموصی به اذا قتل خطاء لان هناک لم یوجد
ما یبطل الوصیة فبقیت الوصیة وقت القتل فیتحول الی القیمة لفوات المحل

الخلف

الی الخلف وهو القیمة هذا کلامه وانه مشکل لان استحقاق الشریک
البیت الموصی من دار مشترکة بالقسمة اذا وقع فی نصیبه کاستحقاق
زید الموصی ببیع العبد منه الرقبة الموصی به لبکر واستحقاق الشریک
لا یوجب بطلان الوصیة بعین البیت فکذا استحقاق الموصی له
ببیع العبد منه رقبته فاما ان یبطل الوصیة بالاستحقاقین او لا یبطل
بواحد منهما فاما ان یبطل باحدهما مع ان کلا منهما استحقاق بعوض
دون الاخر فلا وجه مع ان العوضیة فی مسئلة الدار فی جمیع ذرعان
البیت اعتباری وفی مسئلة الوصیة ببیع العبد حقیقی والله اعلم
قوله اولان مراد الموصی الخ قلت هذان التعلیلان ایضا یقتضیان
استحقاق جمیع ذرعانه الا ان نلتزم استحقاق ذلک للموصی له
علی هذا التعلیل قیاسا علی الروایة التی جاءت فی اقرار احد الشریکین
ببیت بعینه قبل القسمة فان من المشایخ من قال ان البیت اذا لم یقع
فی نصیب المقر یقسم ما فی ید المقر علی خمسة عند ابی حنیفة رضی الله عنه
ومسئلة الوصیة کمسئلة الاقرار واما ما ذکر المصنف رح من ان نصیب الموصی
اذا لم یقع البیت فی نصیبه یقسم علی احد عشر فهو روایة بعض المشایخ وتخریجه
مشکل وسنشیر الی وجه صحیح فی ذلک ویمکن ان یقال ان هذان التعلیلان
لبیان ان للموصی له تمسکا صحیحا فی استحقاق مقدار جمیع ذرعان البیت وللورثة
ایضا تمسک صحیح فی ان حقهم فی خمسة واربعین فیعتبر زعم کل ویقسم ما للموصی علی احد
عشر وسنحققه ان شاء الله تعالی الرابع فی قوله انه یتعین البیت اذا وقع
فی نصیبه جمعا بین الجهتین التقدیر والتملیک ووجه ان التقدیر لما کان مرادا
بطل اعتبار التملیک والا یلزم الجمع بین الحقیقة والمجاز فینبغی ان لا یلزم رعایة
الحقیقة بعد ما صار المجاز مرادا وجوابه ان التملیک ان لم یبق مرادا فلا اقل
من الشبهة والشبهة فی باب الوصیة کالحقیقة فیراعی ما امکن الخامس فی قوله
او لانه اراد التقدیر علی اعتبار احد الوجهین والتملیک بعینه علی اعتبار الوجه
الاخر وذلک لان هذا جمع بین الحقیقة والمجاز وجوابه انه بناء علی ما اختاره
المصنف رح ان الجمع بینهما جایز باختلاف الجهة صرح بذلک قبیل باب العتق
علی جعل السادس فی قوله وعندهما یقسم علی احد عشر سهما لان الموصی له یضرب
بالعشرة وهم بخمسة واربعین فیصیر السهام احد عشر للموصی له سهمان ولهم تسعة
وجه الاشکال وجوابه قد ذکرا الشارح بقوله فان قیل ینبغی ان یقسم نصیب
الموصی علی خمسة اسهم سهم للموصی له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصیة عندهما
بعشرة اذرع بقی حق الورثة فی اربعین قلنا زعم الورثة ان حقهم فی خمسة واربعین

وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد رح وزعم الموصى له ان حقه فى عشرة
وحق الورثة فى اربعين فيعتبر زعم كل فريق فى حقه فجعلنا كل خمسة
سهما فصار الكل احد عشر تم لفظه وفيه نظر لانه لو كان زعم كل
معتبرا تمسكا بمذهب لكان ينبغى ان يعتبر زعم كل من الموصى لهما فيما اذا
اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بجميع المال فان الموصى له بالكل يزعم ان
حقه فى ثلثة ارباع الثلث تمسكا بمذهبهما والموصى له بالثلث يزعم
ان حقه فى نصف الثلث تمسكا بمذهب ابى حنيفة فينبغى ان يقسم
المال بينهما على خمسة اسهم ثلثة للموصى له بالكل وسهمان للموصى له
بالثلث وايضا المصنف رح جعل القسمة على عشرة اسهم عنده سهم
للموصى له وتسعة للورثة وعلى احد عشر عندهما له سهمان ولهم تسعة
والشارح جعل القسمة على عشرة عنده له سهم ولهم تسعة وعلى خمسة
عندهما سهم له واربعة لهم ثم جعل الموصى له متمسكا بمذهبهما والورثة
بمذهبه فاوجب على القاضى ان يعتبر زعمهما فيقسم على احد عشر
بان يضرب الموصى له بعشرة وهم بخمسة واربعين فيكون القسمة على احد عشر
بعمل القاضى من غير ان يكون ذلك مذهبا لاحد وقد جعل ذلك
فى الكتاب مذهبهما والاشكال انما هو على قوله وعندهما يقسم على احد عشر
وانه لا يندفع بما ذكر الشارح رح وايضا القاضى يجب ان يعمل بمذهبه
او بمذهب امامه ولا يلزمه المحافظة على زعم المدعى والمدعى عليه فاذا كان
القاضى على مذهبهما يجب عليه ان يقسم بقولهما واذا كان على مذهبه
يجب عليه ان يقسم بقوله فاما ان يقسم بزعم الفريقين مع انه يعتقد
خلافه فلا وجه اليه وايضا القسمة على احد عشر كما ذكره الشارح
انما يجب على احد الوجوه وهو ان يتمسك الموصى له بمذهبهما والورثة بمذهبه
اما اذا طلب الفريقان القسمة من القاضى وهما لا يزعمان شيئا فعلى القاضى
ح ان يقسم على مذهبه او مذهبهما ولا يكون القسمة على احد عشر سهما
كما هو المذكور فى الكتاب فالاوجه ان يقال ان الموصى له يزعم ان حقه
فى العشرة زعما منه انه اراد التقدير بالبيت نظرا الى ان الظاهر من حال
ان يقصد وصية نافذة فى كل البيت البتة ولا ذلك الا بارادة التقدير
وزعم الورثة ان حقه فى خمسة اذرع زعما منهم انه اراد بالبيت حقيقة
لانها الاصل فيكون الوصية نافذة فى نصفها فيأخذ الموصى له عوض ذلك
النصف لما تعذر اخذ عينه وكل يتمسك بوجه صحيح فقلنا ان الموصى له
يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين جمعا بين الجهتين فيكون معنى

لان

لان الموصى له يضرب بالعشرة زعما منه انه اراد التقدير بالبيت لا حقيقته
وهم بخمسة واربعين زعما منهم انه اراد حقيقة البيت فيصير السهام
احد عشر سهمان للموصى له وتسعة للورثة هذا والكلام بعد محل
تأمل لان التعليل المذكور بقوله اما لانه عوضه دليل ظاهر على ان
تمسك الورثة بارادة الحقيقة لا يقطع حق الموصى له فى مقدار ذرعان
البيت عن نصيب الموصى لانه لما كان عوضا عن جميع البيت يجب تنفيذ
الوصية فى الكل الا ان يقال العوضية فى التحقيق انما هى فى نصف
البيت على ما حققنا اما فى جميعه فالعوضية اعتبارية مبنية
على احتمال وقوع البيت فى نصيب الموصى كما ذكرنا ولو كانت العوضية
فى الكل بحقيقته لظهر حق الموصى له فى الاستحقاق فلما كانت اعتبارية
ظهر ذلك فى الضرب لا فى الاستحقاق يوضحه ان الوصية بالبيت
قد صحت لاحتمال نفاذها على اعتبار وقوع البيت فى نصيب الموصى
فلو وقعت فى نصيبه ظهرت تلك الوصية فى الاستحقاق وان وقع
فى نصيب شريكه ينفذ فى قدر ذرعانه مما وقع فى نصيب الموصى
ضربا لا ان ما وقع فى نصيب الموصى ان لم يكن عوضا عن جميع البيت بالتحقيق
فهو عوض عن جميع البيت بالاعتبار كما ذكرنا وكان محلا لنفاذ تلك
الوصية من وجه دون وجه فاظهرنا ذلك فى الضرب دون الاستحقاق
عملا بالاعتبارين وهذا يصلح وجها مستقلا لتقرير قول ابى حنيفة رض
او يقال ان الوصية ببيت مشترك انما صحت على احتمال ان يظهر ملكه
فى كل البيت بان يقع فى نصيبه بعد القسمة اعتبارا لمعنى الافراز
فى هذه القسمة وان كان الراجح فى قسمة العقار معنى المبادلة سعيا
فى تصحيح الوصية بالقدر الممكن وبعد ما صحت الوصية باعتبار هذا الاحتمال
نظرا ان وقع البيت فى نصيب الموصى نفذت الوصية فى عينه والا يظهر
اثر صحة هذه الوصية فى الضرب بان يضرب الموصى له بقدر ذرعان البيت
فى نصيبه كما ان الوصية بالدراهم المرسلة التى لا تخرج من الثلث
لما صحت باعتبار احتمال ان يخرج له مال فيخرج الموصى به من الثلث ظهر
اثر صحتها فى الضرب فى الثلث كما مر فيضرب الموصى له بقدر ذرعان البيت
ويضرب الورثة بنصف الدار سوى البيت لان الوصية بالبيت قد صحت
فى حق الموصى فى كل البيت قبل القسمة لاحتمال ظهور الملك اعتبارا
فصار فى حقه كان البيت رفع من البين وبقى المشترك ماسواه فيكون
حق الورثة فى نصف ماسوى البيت من الدار فيضربون بذلك فيقسم

نصيب الموصى على احد عشر سهما لا يقال الوصية وان صحت فى كل البيت
قبل القسمة لكنه لما لم يقع فى نصيب الموصى فات محل الوصية فيجب ان يبطل
الوصية لانها وان خرجت عن ملكه الاعتبارى فقد اخلف مثل ذرعانه
والفايت الى خلف كلا فائت والله اعلم بالصواب **فصل**
فى اعتبار حالة الوصية قوله ويبطلت الوصية والهبة هنا
اذا كان له وارث غيرها ايضا اما اذا لم يكن صحت الوصية على ما ذكرنا
من الذخيرة **باب العتق فى المرض قوله** وهذا
منجز غير مضاف وهذا مشكل لانه لو وهب لاجنبية شيئا فى مرضه
الذى مات فيه ثم تزوجها لا تصح الهبة كما لو اوصى لها بشيء ثم تزوجها
فلو كانت الهبة منجزة غير مضافة الى ما بعد الموت وجب ان تصح وعنده
قد مر فى الكتاب بقوله والهبة وان كانت منجزة صورة الخ **قوله**
لانه اقوى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه ذكر شمس الائمة
ان هذا غير صحيح لان قوله هو حر بعد موتى بيوم لا يحتمل الفسخ والرجوع
عنه مع ذلك لا يكون مقدما على اصحاب الوصايا واذا قال ان حدث
بى حدث فى مرضى هذا فهو حر ابتدأ به قبل الوصايا ومع هذا يصح
الرجوع عنه حكما بالبيع كذا فى الحاشية **قلت** يجوز ان يكون المعطوف
هنا محذوفا اى لانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وينفذ عقيب
الموت من غير حاجة الى التنفيذ فلا يرد على طرده نحو هو حر بعد موتى
بيوم لانه ان كان لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى فهو لا ينفذ عقيب
الموت ولا يتم بنفسه بل يتوقف على تنفيذ الوارث والوصى او القاضى
فقد ذكر الامام قاضيخان والتمرتاشى ان العتق متى تاخر عن الموت
لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصى والقاضى لانه صار
بمنزلة الوصية بالاعتاق كما لو قال انت حر بعد موتى بشهر ثم قوة
العتق الذى ذكرنا باعتبار انه لا يلحقه الفسخ ظاهر اما قوته باعتبار
نفاذه بنفس الموت من غير توقف على شيء اخر فلان هذا المعنى يجعله
فى معنى الدين من حيث ان رب الدين يتعلق حقه بالمال عقيب الموت
من غير توقف على شيء اخر كذا المعتق يتعلق حقه بالعتق بنفس الموت
من غير توقف على شيء فكان العتق المعلق بمنزلة الدين والدين يقدم
على الوصية فكذا ما هو فى معناه واما قوله ان حدث بى حدث فى مرض
هذا فلا نسلم انه يحتمل الفسخ بل اليمين يبطل بالبيع باعتبار عدم محل
وهذا ليس من الفسخ فى شيء كما لو مات وكما لو قال ان دخلت الدار فانت حر

فباع

فباع بطل اليمين ولم يكن ذلك فسخا للعتق كذا هنا ولو سلم فعدم احتماله
الفسخ قصدا يكفى لرجحانه على ساير الوصايا التى تحتمل الفسخ قصدا فلا
يقدح فى ذلك احتماله الفسخ ضمنا ولكن على هذا ينبغى ان لا يزاحم المدبر
المطلق التدبير المقيد لانه لا يحتمل الفسخ اصلا لا قصدا ولا ضمنا والمقيد
يحتمله ضمنا اللهم الا ان لا يعتبر بالضمنى **قوله** واذا وجد العتق اولا
وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ويشكل بما سيأتى
فى مسئلة ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقنى ابوك فى الصحة الخ
ان العتق بعد وقوعه ان كان لا يحتمل الدفع من حيث الصورة فقد
يحتمل من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه واذا كان العتق مما يحتمل
الدفع بايجاب السعاية عليه عند وجود الاقوى منه لزم ان يدفع
بوجود المحاباة ايضا من حيث المعنى وجوابه ان عدم احتماله الفسخ
صورة يكفى لجبر ما فيه من الضعف الموجب لتقدم المحاباة عليه
والمطلوب هنا اثبات استواء العتق معها وذلك يجبر الضعف
الذى كان له وثبوته بحيث لا يحتمل الدفع صورة يكفى لجبره فلا يقدح
فيه احتمال الفسخ معنى بايجاب السعاية **قوله** ولانه وصية بالعتق
بعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى
فالمستحق لم يتبدل كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى
اليه وهذا مشكل لما ذكر فى الذخيرة انه ان اوصى بالحج عنه تطوعا
وان يعتق عنه نسمة ولم يعينها تطوعا وان يتصدق عنه بمائة على الفقراء
لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت لان الموصى له فى هذه الصورة واحد
وهو الله تعالى لان الوصية بالحج لله تعالى وكذا الوصية بعتق نسمة لا بعينها
له تعالى لا للعبد لان الوصية للمجهول لا تصح فهو معنى قولنا فيبدأ بما بدأ
الميت اذ لا وجه الى تنفيذ الوصايا كلها لضيق الثلث ولا الى ان يتوزع
الثلث عليها اذا كان الموصى له واحدا لانا متى وزعنا ونقصنا من بعض
الوصايا احتجنا ان نرد ذلك بعينه ثانيا وانه لا يفيد فوجب تقديم ما
بدأ به بدلالة حاله لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بالاهم وان
اوصى بان يحج عنه بمائة ويشترى نسمة بعينها ويعتق عنه فانهما يتحاصان
لان الموصى له قد اختلف فان الوصية بالحج لله تعالى والوصية بعتق نسمة
بعينها كما هى وصية لله تعالى فهى وصية للعبد لان للعبد حقا فى العتق وقد
امكن اعتباره وصية للعبد لانه معلوم اذا عينه الموصى فقد اختلف الموصى له

فيجب المخاصة ولا يبدأ بما بدأ لان تقديم ما بدأ به الموصى ثابت بدلالة الحال
وايجاب الحق لكل واحد من الموصى لهما ثابت بالنص ولا يجوز ابطال ما
ثبت بالنص بدلالة الحال هذا كلامه وهذا تنصيص بان الوصية
بعتق عبد لا بعينه وصية لله تعالى لا للعبد فلا يتبدل المستحق لو نفذنا
الوصية فى عبد يشترى باقل من مائة لان المستحق فى هذه الصورة هو
الله تعالى فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة وهلك بعضها يدفع الباقى اليه
وجوابه ان الجهالة فى مسئلة الذخيرة فاحشة حيث لم يقيدا لعبد
بشئ والجهالة فى مسئلة الكتاب يسيرة والجهالة اليسيرة فى باب
الوصية لا تساع امرها متحملة فيكون فى حكم المتعين فيختلف المستحق
عند نقصان الثمن فلا يجب تنفيذه عند نقصانه قوله وقيل
هذه المسئلة بناء على اصل اخر الخ قلت ذكر فى الذخيرة انه
لو اوصى بان يحج عنه تطوعا بمائة ويشترى نسمة بعينها ويعتق عنه
فانهما يتحاصان ولا يبدأ بما بدأ به الميت لان الموصى له قد اختلف الح
ما ذكرنا سابقا فلو كان العتق حقا لله تعالى وجب ان يبدأ فى مسئلة
المذكورة بما بدأ به الميت كما اذا اوصى بحجة وعتق نسمة لا بعينها قوله
فان فداه الورثة الخ وفى الكافى ان اختاروا الفداء فعليهم وجازت
الوصية لان العبد قد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فنفذت
الوصية وهو مشكل لما مر انه اذا قتل العبد المرهون قتيلا خطأ يقال
للمرتهن افدا لجناية فاذا فداه طهر المحل وبقى الدين على حاله
وان ابى ان يفدى قيل للراهن ادفع العبد او بالدية فان
اختار الدفع سقط الدين لان العبد استحق فى ضمان المرتهن وكذا
ان فداه لانه استخلص لنفسه وكان الفداء على المرتهن فصار العبد
كالحاصل له وكانه اشتراه من ولى الجناية وكان
الجانى بعد فالحاصل له بعوض كانه اشتراه من ولى الجناية لبطلت
الوصية بالاعتاق فداه الوارث كما لو اشتراه من ولى الجناية
لم يبطل الوصية باعتاق ليس فى حكم المشترى من ولى الجناية
فلا يتم ما ذكر فى الرهن وجوابه ان مبنى الوصية على المساهلة وارخاء
العنان حتى اعتبر فيها الموهوم كالمتحقق والغالب كالمتيقن
الحاجة اليها فلان يعتبر لا بقاء ها جانب الحقيقة دون الحكم اولى
والعبد لا يزول عن ملك من يفديه ولا يصير مشتريا له من ولى الجناية
حقيقة وان اعتبر فى الحكم كالزايل عن ملكه المشترى من ولى الجناية ولو كان

زايلا

زايلا حقيقة غير زائل حكما لبقيت الوصية فلان يبقى والامر بالعكس اولى
بخلاف سقوط الدين لان التلف الحقيقى والحكمى فى حقه سواء والفداء
يخرج عن ملك الفادى وانه بدل العبد وخروج البدل عن الملك كخروج
المبدل فى حق لزوم الضرر به ولو خرج العبد عن ملك الراهن لمعنى فى يد المرتهن
لسقط الدين فكذا اذا خرج بدله لذلك والله اعلم قوله فقضيته اى قضية
اقتران الدين الاقوى بالعتق الادنى ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد
وقوعه لا يحتمل البطلان فيه اشارة الى انه لو كان يحتمل البطلان لابطلنا
فان قلت لا موجب لابطاله سوى صيانة حق الغريم وصيانته لا يحتاج
الى ابطاله لحصوله بايجاب قيمته عليه لان حق الغريم يتعلق بالمالية لا بالصورة
الا يرى انه لو باع المريض عبدا من تركته بمثل القيمة لا يبطل البيع وان كان
مما يحتمل البطلان لان حقه متعلق بالمالية والبيع بمثل القيمة لا يبطله اجيب
بان عتقه بلا عوض يبطل حق الغريم فيرد غير انه لا يمكن رده صورة لانه
لا يحتمل الفسخ فيرد معنى بايجاب السعاية فايجاب السعاية منا رد للعتق
صيانة لحق الغريم وليس العتق موجبا للسعاية بنفسه كالبيع يوجب الثمن
حتى لا يكون ابطاله لحق الغريم بل هو بنفسه لا يوجب المال فيكون ملاه قيا
لحق الغريم بالابطال فيجب ابطاله لكنه لا يمكن ابطاله صورة وامكن معنى
بايجاب السعاية فيجب ابطاله بالقدر الممكن فالعتق مبطل لحق الغريم فيجب
ابطاله معنى بايجاب السعاية فاما البيع فليس بمبطل حقه اصلا فافترقا والله
اعلم قوله ولان الدين اسبق لانه مانع لمن الاستناد قلت لم يذكر
فى وضع المسئلة استناد الدين من الغريم الى حالة الصحة حيث قال وقال
رجل لى على ابيك الف درهم فلا وجه لاسناده الى حالة الصحة مع ان
الحوادث يضاف الى اقرب الزمان وعن هذا عدل فى الكافى عما ذكر
المصنف فقال ولان اسناد العتق الى صحته انما يصح اذا لم يوجد شغل
الدين وقد وجد شغل الدين فمنع الاسناد فوجب رده هذا لفظه فلم
يتعرض لاسناد الدين الى الصحة وامكانه دون امكان اسناد العتق
فكان المصنف رح اقام الدليل الجزئى واحدا من وضع المسئلة وهو ما اذا
كان المدعى يدعى الدين ايضا فى حال الصحة وان كان الوضع اعم منه قوله
ولا يمكن اسناد العتق ويقال ليس هذا من باب الاستناد لانه عبارة
عن ثبوت الشئ فى الحال مستندا الى زمان سابق والاقرار لا يثبت به الدين
ابتداء بل يظهر به ما كان ثابتا كما يظهر الحيض باستمرار الدم الى ثلثة ايام
حتى تطلق بمجرد رؤية الدم اذا قال ان حضت فانت طالق الا انه لا يحكم

بطلانها الا بعد ان علم انه حيض وذلك باستمراره الى ثلثة ايام قوله
وعلى هذا الخلاف الى قوله فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء وفي
الكافي وعلى الخلاف اذا مات الرجل وترك ابنا والف درهم فقال
رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الاخر هذا الالف الذي تركه
ابوك كان وديعة لي عند ابيك وقال الابن صدقتما فعنده الالف
بينهما نصفان لانه لم يظهر الوديعة الا والدين ظاهر معها فيتحاصان
كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة احق لانها تثبت في عين
الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت
اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا وقال صدقتما
بعد ما قلنا الاقرار بالدين من الوارث يتناول التركة لا الذمة
فقط وفقا معا بخلاف المورث وذكر في الهداية فعنده الوديعة
اقوى وعندهما سواء والاصح ما ذكرنا اولا وبه تنطق شروح الجامع
الصغير وشروح المنظومة هذا كلامه قلت انكر الشيخ
صحة ما ذكر في الهداية وبين الاختلاف على عكس ما بين فيه بعد
ما اتبعه في قوله وعلى هذا الخلاف مشيرا الى الخلاف المذكور في مسئلة
الدين والعتق ولا يخفى ان مسئلة الدين والوديعة انما يكون على الاختلاف
المذكور في مسئلة الدين والعتق ان لو كان الوديعة اقوى عنده
من الدين ويكونان سواء عندهما كما هو المذكور في الهداية اما اذا
كان الاختلاف في مسئلة الوديعة كما ذكر الشيخ فحينئذ لم يكن مسئلة
الوديعة على الاختلاف في مسئلة العتق على ما لا يخفى فالحكم بان مسئلة
الوديعة على الخلاف المذكور في مسئلة العتق ثم بيان الاختلاف
فيها على خلاف الاختلاف المذكور في مسئلة العتق كما فعله الشيخ
محتاج الى مزيد تامل وكان عليه ان لا يتبعه في قوله وعلى هذا الخلاف
او يفسر الاختلاف كما فسره صاحب الهداية ثم الشيخ رح اختار
هنا ان الاقرار بالدين يتناول التركة لا الذمة وبنى عليه وجوب
التحاصي بين الدين والوديعة وجعل ذلك اصح ثم ذكر في فصل
الشهادة بعد باب الوصي وان شهد رجلان لرجلين ان لهما على الميت
الفا وشهد المشهود لهما ان للشاهدين على الميت الفا جازت
شهادة الفريقين وان كان كل فريق يشهد للاخر بوصية الف لم يجز
والوجه ان الدين يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا ولا يستوفى
من ثمراته فوقعت الشهادة لغير الشاهد فيقبل ولهذا لو تبرع اجنبي

بقضاء

بقضاء دين احدهما لا يشاركه الاخر فيه وانما يشاركه اذا استوفى من التركة
ضرورة نصفها حتى لو كان فيها سعة لا يشاركه وهذا بخلاف الوصية
لان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال
مشتركا بينهم فاورث تهمة هذا كلامه فقد اختار ثمه ان الدين
الثابت على الميت بالبينة متعلق بالذمة لا بالتركة وبنى عليه جواز
شهادة كل فريق لصاحبه في الدين وفيه تنافر ظاهر لان الدين الثابت
بالاقرار او بالبينة على الميت ان اعتبر متعلقا بالتركة كما نص به في مسئلة
دعوى الدين والوديعة لزم ان لا يقبل شهادة كل فريق على الاخر
بالدين على الميت كما لا تقبل بالوصية لتعلق كل منهما اذن بالتركة لا بالذمة
فبقيت التهمة بحكم الشركة في التركة وليس كذلك وان اعتبر متعلقا
بالذمة دون التركة كما نص به ثمه وبنى عليه الفرق بين الدين والوصية
لزم ان يكون الوديعة احق من الدين لتعلقها بالعين وتعلقه بالذمة
ثم بالعين فتكون هي اسبق من الدين والمختار عند الشيخ رح انهما سواء
ويتحاصان والله اعلم

باب الوصية للاقارب

وغيرهم قوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه هذا
فيما اذا لم يكن العبد مديونا ظاهر وكذا اذا كان قوله ويستوي
فيه الحر والعبد وهذا على قول ابي حنيفة رح ظاهر اما على قولهما فينبغي
ان لا يدخل العبد كما في الوصية للجيران لان الوصية له وصية لمولاه وهو
ليس بجار وكما انه ليس بجار ليس بختن ايضا والله اعلم قوله فللعم نصف
الوصية والنصف الاخر للخالين وفيه بحث لان لفظ الاقارب
ان تناول الاقرب فقط لزم ان لا يستحق الابعد مع وجود الاقرب
شيئا من الوصية كما لو اوصى لمواليه وله معتق واحد استحق النصف وكان
النصف الاخر من ثلث ماله للورثة ولا يكون لمعتق المعتق لانه لم يدخل
تحت الموالي فكذا هنا لما لم يكن اللفظ متناولا الا للاقرب كان كمعتق
المعتق في عدم تناول اللفظ اياه وان تناول الاقرب والابعد جميعا
لزم ان يستويا في الاستحقاق لاستوائهما في الدخول في الوصية وتناول
اللفظ اياهما وليس كذلك بالضم قوله لانه مقام النفي ولا تنافي
فيه قلت فان قلت هذا ميل الى المذهب المرجوح وهو ان المشترك يتناول
معنييه في النفي دون الاثبات لانه يتناول احدهما فيعم في النفي قلنا انه
يتناول احدهما متعينا وانما يعم اذا تناول احدهما غير عين لانه وضع لكل واحد
معينا لا لاحدهما غير عين وايضا يشكل بان المنافاة انما هي في الارادة

وانها متحققة فى النفى والاثبات جميعا باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة قوله بخلاف الميراث لانه خلافة قلت قد تقدم ان الوصية استخلاف وان الموصى له خليفة الموصى كالوارث لمورثه قوله ووجه الظاهر ان حق الموصى له الخ فان قلت احتمال نفاذ الوصية فى كل الدار على تقدير ظهور مال للميت يخرج الدار من ثلثه لا يمنع بيع الوارث فيما اذا اوصى بعين الدار فكذا اذا اوصى بمنفعتها اجيب بان تاخير حق الورثة فى بيع ما يخصهم من الدار فيما اذا اوصى بعينها ولم تجز الورثة تاخير له الى غاية معلومة وانه يجرى مجرى الابطال تاخيرا عن الحق الموهوم للموصى له بابطال الحق المتحقق للورثة فى بيع بخلاف ما اذا اوصى بمنفعة الدار فان فيه تاخير حق الورثة الى وقت معلوم اما اذا كانت الوصية موقتة فظاهر فكذا اذا كانت مؤبدة لتوقيتها بموت الموصى له اذ المنافع لا تورث وتاخير الحق المتحقق الى غاية معلومة اولى من ابطال الحق الموهوم فافترقا والله اعلم قوله ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فان قلت الهبة ايضا تمليك بغير بدل مع ان الموهوب له يملك تمليك العين الموهوبة ببدل اجيب بان الملك بلا بدل انما ينافى التمليك بالبدل لانه غير لازم والتمليك بالبدل لازم فيؤدى الى لزوم ما لا يلزم او عدم لزوم ما يلزم وكل ذلك باطل وتمليك العين بلا بدل وان كان غير لازم فهو يلزم باسباب كثيرة بتغير الموهوب وكون الموهوب له قريبا للواهب وزيادة الموهوب زيادة متصلة والانتقال الى ملك الغير وغير ذلك فلا يؤدى فيه الى لزوم ما لا يلزم للزومه بالانتقال لغيره من اسباب اللزوم بخلاف تمليك المنافع فانه لا يلزم بشئ من جهات اللزوم فلو ملكها ببدل ادى الى لزوم ما لا يلزم او بالعكس فافترقا والله اعلم قوله اما هو فى وضعه فغير لازم قلت بنى جواز اجارة الموصى له بالخدمة والسكنى والسكنى على كون الوصية غير لازمة فى نفسها وانه يشكل بما اذا تهايئا فى دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز ولكل واحد ان يستغل ما اصابه اى يطلب غلته بالاجارة شرط ذلك فى العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه فقد صحت اجارة احد الشريكين بعد التهايؤ مع ان التهايؤ غير لازم لما عرف ان التهايؤ لو وقع فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة الا ان يجاب

بان

بان احد الشريكين فى طائفته يملك المنافع بحكم ملك العين والمنافع المملوكة بملك العين اصلها اللزوم وعدم اللزوم هنا بالعارض كما ان الاصل فى الوصية عدم اللزوم واللزوم بالعارض فكما لا يعتبر اللزوم فى الوصية لا يعتبر عدمه فى التهايؤ تنزيلا للعوض منزلة العدم قوله وكذا اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها قلت

من حيث انه يفصل عنها

بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها ونفس على حدة من حيث انه حيوان آخر حتى يجوز اخرى فمن حيث انه جزء يتناوله لفظ الجارية قصدا حتى يصح استثناؤه فى الوصية ويعتق باعتاق مقصود حتى

ولاؤه الى موالى الاب ومن حيث انه نفس على حدة لا يتناولها لفظ الجارية قصدا ولا يكون ذكوة امه ذكوة له فباعتبار انه نفس على حدة قال اولا لا يتناولها لفظ الجارية قصدا وباعتبار انه جزء قال ثانيا اسم الجارية يتناولها وما فى بطنها باب الوصى وما يملكه قوله فله ان يقبل فان قلت ما الفرق بين هذا وهو انه جعله وصيا يشترط القبول حال حيوة الموصى فى وجه وبين ما اذا اوصى لرجل بثلث ماله حيث لا يعتبر قبوله فى حيوة الموصى حتى لو قبله فى حيوته ثم رده بعد وفاته صح رده بخلاف الوصى فانه لو قبل فى حيوة الموصى ثم رده بعد وفاته لا يصح مع ان كلا من الوصيتين مضافة الى ما بعد الموت قلنا ان الايصاء الى الغير توكيل مضاف الى ما بعد الموت واضافة الوكالات الى المستقبل جائزة قياسا واستحسانا واما الوصية بالمال فتمليك مضاف الى ما بعد الموت والتمليك المضاف مما يأباه

فاما الوصية له فاستخلاف فى نفس الملك والحكم يثبت بعد الموت فان ثبوت ملك الموصى له مع قيام الملك الموصى لا يتصور فيعتبر القبول والرد حال ثبوت الملك وهو ما بعد الموت ولان المقصود فى جعله وصيا توفير المنفعة على الموصى ودفع الضرر عنه وبعد ما قبل الموصى لو جاز الرد بعد الموت لتضرر به الموصى لانه ترك الايصاء الى غيره اعتمادا على قبوله ثم لو صح رده فى غير وجهه يصير الوصى بالقبول كالغار والغرور حرام والضرر مدفوع بخلاف الوصية بالمال لان المقصود توفير المنفعة على الموصى له

وليس في رده ضرر وغرور في حق الموصى لانه لا يضيع ماله بل يصير الى ورثته
وذلك خير للموصى شرعا وهذه الفروق الثلثة مستفادة من الذخيرة
والايضاح والمبسوط على الترتيب كذا في الشرح وفيه نظر اما في الوجه
الاول فلان ايجاب الطلاق بالمال المضاف الى المستقبل بان يقول انت
طالق غدا على الف درهم ايضا على وفق القياس كالتوكيل المضاف
ثم الايصاء للرجل بالمال لا يفترق مع الايجاب المضاف في الطلاق
بالمال من حيث ان القبول في كل منهما يعتبر بعد تحقق الوقت الذي
اضيف اليه الايجاب لا قبله فلو كان الافتراق بين الايصاء له
بالمال والايصاء اليه بناء على ان الايصاء له على خلاف القياس والايصاء
اليه على وفقه لافترق الايصاء له مع ايجاب الطلاق المضاف لانهما
لا يفترقان اذ المعتبر في كل منهما القبول والرد بعد وجود الوقت
الذي اضيف اليه الايجاب لا قبله كما نص به في الكافي وليس فليس
واما في الثالث فلان هذا الوجه ان كان يوجب الافتراق بين
الايصاء له والايصاء اليه في انه لو قبل في الايصاء اليه قبل الموت
ثم رد بعده لم يصح وفي الايصاء له يصح لكنه لا يوجب الافتراق بينهما
في ان القبول قبل الموت في الايصاء اليه صحيح حتى لا يحتاج الى قبول
اخر بعد الموت وفي الايصاء له لا يصح حتى لو اكتفى بذلك القبول
بعد الموت لا يصح بل لا بد من قبول اخر كيملك المال وذلك ظاهر
والمقصود انما هو هذا الفرق وهذا الوجه لا يوجبه قوله فان
لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء
رد لانه متبرع في التصرف فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة
ولا غرور هنا في رده انما الموصى هو الذي اغتر حيث لم يتعرف
عن حاله انه يقبل الوصية ام لا فان قلت هذا تصريح بان الايصاء
يرتد بالرد بعد الموت اذا لم يكن الموصى قد قبله حال حيوته وقد صرح
بعد هذا باسطر انه اذا مات الموصى وهو لم يقبل ولم يرد في حيوته
فقال بعد موته لا اقبله لا يبطل الايصاء بمجرد قوله لا اقبله لان في ابطاله
ضررا بالميت والضرر واجب الدفع اجيب بان معنى قوله هو بالخيار
انه مخير ان شاء قبل فيلزمه التصرف وان شاء لم يقبل فلا يلزمه التصرف
وليس معناه انه اذا لم يقبل بطل الايصاء حتى لو قبل بعده لم يصر وصيا
فلا ينافي قوله وضرر الوصي مجبور بالثواب وفيه بحث
اما اولا فلما عرف من امتناع ابتناء الحكم الدنيوي على الاخروي

والثواب

والثواب حكم اخروي فلا يجوز ابتناء حكم دنيوي وهو الايصاء عليه
واما ثانيا فلان الوصي انما يتضرر بلزوم التصرف وهو لا يلزم قبل
القبول لما مر انه متبرع في تصرفه فلا يلزم ذلك بدون قبوله ونحن انما
نفينا الايصاء مع قوله لا اقبل بمعنى انه لو قبل بعده يصير وصيا لا بمعنى
انه يلزمه التصرف قبل او رد فاذا لم يلزمه التصرف قبل القبول
لم يتضرر اصلا فلا معنى لقوله وضرر الوصي الخ اللهم الا ان يجعل
ذلك جوابا على تقدير التسليم اي لو سلم انه متضرر فضرره مجبور
بالثواب قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم
هذا ينافي ما مر في الوكالة من قوله ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك
القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه
وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك هذا لفظه وانه يدل
على ان التقاضي وضعا هو الاقتضاء اي القبض غير انه في العرف
بمعنى الطلب وذكر هنا انه في العرف بمعنى الاقتضاء وكانه اراد
بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم انه كان المتعارف استعماله في معنى
الاقتضاء الذي هو المعنى الوضعي لكنه تبدل العرف اليوم فيذكر
ويراد به الطلب فصح ان يذكر التقاضي ويراد به الاقتضاء نظرا الى انه
كان متعارفا ولا يملك الوكيل بالتقاضي القبض نظرا الى انه صار في العرف
بمعنى الطلب والله اعلم قوله وهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير
الوصية ميراثا لورثته فيه اشارة الى ان للقاضي ان يقسم التركة ويفرز
قدر الوصية عن الموصى له الغايب وان كان الموصى له لم يقبل الوصية
بعد ولكنه يشكل بان القبول شرط لملك الموصى له اذا مات من غير
قبول على ما مر فاذا لم يملك له قبل القبول كيف يصح مقاسمة القاضي
مع الورثة عن الموصى له والقسمة يبتنى على الملك قوله قال ابو يوسف
ومحمد رح وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي الاب
في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة
هؤلاء لان وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ
فكذا وصيهم وفيه اشكال اما اولا فلما مر في النفقات من قوله
واذا باع ابوه متاعه اي متاع الابن الكبير الغايب في نفقته جاز عند
ابي حنيفة رح الى ان قال ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال
الغايب الا يرى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع
المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب

من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ
بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء
هذا كلامه والتنصيص بان غير الاب من الاقارب لا يملك الحفظ في مال
الكبير الغائب ولا بيع منقوله وهنا صرح بان وصي الاخ في الصغير
والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام والعم
اذا كان وصي هؤلاء كوصي الاب في الكبير الغائب بان كان مالكا للحفظ
وبيع منقوله فهؤلاء يكونون كالاب في حفظ مال الغائب الكبير وبيع منقوله
بالضرورة سلمنا ان قوله وكذا وصي الام ووصي العم يحتمل احتمالا
غير ظاهر ان يصرف الى الصغير اي وكذا وصي الام والعم في مال الصغير
ولكن قوله وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب تصريح بما يخالف
المذكور في النفقة من قوله بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية
لهم في الحفظ بعد الكبر نعم ما ذكر في النفقات فهو مذكور في وجه ابي حنيفة
رضي الله عنه وهنا ما ذكره مما يخالفه ذكره في قول ابي يوسف ومحمد
وجاز ان لا يكون لغير الاب من الاقارب ولاية الحفظ في مال الكبير
الغائب عنده ويكون لهم ذلك عندهما ولكن اثبات ولاية الحفظ
في مال الغائب الكبير لهؤلاء يوجب التسوية بعد الكبر بين من يلي
التصرف في ماله في حال الصغر وهو الاب وبين من لا يليه وانه
بعيد بل يجب ان يبقى بعد الكبر ولاية الحفظ لمن كان له ولاية الحفظ
والتصرف في الصغر ويبطل الولاية لمن كان له الحفظ دون التصرف
ليظهر انحطاط رتبة من هو احط رتبة اما التسوية بينهما فيا باه
العقول واما ثانيا فلانه اشار بقوله وهذا الجواب في تركة هؤلاء
الى ان وصي هؤلاء انما يملك الحفظ اذا اوصى اليه فيما وصل الى الوارث
من قبلهم فاما ما كان في ملكه من ميراث غيرهم فوصيهم لا يملك
الحفظ فيه ايضا وهكذا ذكر في الفصول ولكن تعليله بقوله لان
وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم
يشعر بان لوصيهم ولاية حفظ مال وارثهم مطلقا لظهور ان هؤلاء
انما يملكون حفظ المال الموروث من قبل غيرهم والا فلا معنى لحفظ
المال الموروث من قبلهم لتعذر الحفظ من الميت فلو كان ملك الحفظ
لوصيهم مستفادا من ملكهم الحفظ لزم ان يكون له ولاية الحفظ في مال
موروث من قبل غيرهم ايضا لان ولاية الحفظ كانت ثابتة لهم في ذلك
المال **قوله** والوصي احق بمال الصغير من الجد **قلت** هذا اذا كان للموصي

ولاية

ولاية كاملة وقت الايصاء اما اذا لم تكن له ولاية كاملة وقت الايصاء فالجد
احق من الوصي صرح بهذا في الكافي حيث قال امة بين رجلين ولدت
ولدا فادعياه معا وثبت نسبه منهما فعتقت الامة وماتت وتركت مالا
واوصت الى رجل فالولاية على ولدها وماله لابويه دون وصيها وان مات
الابوان او غابا فلوصيها ولاية الحفظ وبيع ما ينقل فان مات احدهما
عن وصي فولاية التصرف والحفظ للباقي من الابوين لانه تعين ابا فان
غاب الاب الباقي فحفظ تركة الام لوصيها وحفظ تركة الاب لوصيه
فان مات هذا عن وصي فوصيه احق من وصيها ومن ابيه وكذا وصي وصيه
احق من جميع ما ذكرنا فان مات الابن الباقي بلا ايصاء وله اب وللاول
اب او ابن ووصي فالولاية للجدين واب الاول احق من وصيه لان الوصي
انما يتقدم على الجد اذا كان للموصي ولاية كاملة وقت الايصاء والاب الاول
لم يكن كذلك وقت الايصاء بخلاف وصي الاب الباقي حيث يتقدم على الجد
لانه وصيه بولاية كاملة وقت الايصاء هذا كلامه وانه تصريح بما ذكرنا
قوله ولنا ان الايصاء ينتقل ولاية الاب اليه وكانت ولايته قايمة
معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار الوصي مع علمه بقيام
الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه **قلت** هذا الوجه
يقتضي ان يقدم وصي الاب على الجد مطلقا اي سواء كان للموصي ولاية
كاملة وقت الايصاء او لم تكن والمسئلة بخلافه على ما ذكرنا **قوله**
ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين
والوصية اخته **وفيه بحث** لان الوصية لا تبتني على الوراثة حتى تمتنع
بتباين الدارين الا يرى ان الوصية للعبد والكافر والذمي صحيح ولا يجري
الارث هناك **وجوابه** ان الوصية تشبه الهبة والارث من حيث انه
تمليك واستخلاف والعبد والكافر والذمي اهل للتمليك فيصح الوصية
في حقهم اعتبارا لجهة التمليك بخلاف الحربي فانه ميت في حقنا والميت
لا يصلح محلا للتمليك وهو ظاهر ولا للاستخلاف لعدم الولاية بتباين
الدارين **فصل في احكامه** **قوله** لانه يباح
لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة وهذا التعليل وان كان صحيحا
في حق الرجل فهو فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع
العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحسان المبسوط ان للامة ان
تنظر الى مولاتها كما للاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة
النظر الى سيدتها فالاولى في التعليل ما ذكره في الذخيرة فقال لانه

متى اشترى الولى جارية للخنثى فانه يملكها للخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان انثى فانه نظر الجنس الى الجنس فانه يباح له للعذر فعلم بهذا ان شراء الجارية على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف لا ان للملك تاثيرا فى اباحة النظر كذا فى الشرح **قلت** الملك ان كان له يؤثر فى اباحة النظر الى سيدتها فلا شك ان كونها امرأة مملوكة للخنثى يبيح النظر اليه عند الحاجة لانه ان كان ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالكها والا فهذا نظر المرأة الى المرأة ونظر الجنس الى الجنس يباح عند الضرورة وهذا هو المراد بتعليل المصنف وحاصله يرجع الى ما ذكر فى الذخيرة فتأمل **قوله** وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء اذا كان مراهقا حتى تبين امره لتوهم ان يكون امرأة والمرأة عورة مستورة قال الشارح هذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر رجل الى رجل وجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء مواضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون فى ازار واحد وفى هذا الفصل اى نظر المرأة الى المرأة روايتان بيناهما فى الاستحسان كذا فى الشرح **قلت** لا دلالة لهذه المسئلة على ذلك لجواز ان يكون حرمة التكشف قدام النساء باعتبار ان الخنثى يحتمل ان يكون ذكرا ولا يجوز التكشف للرجل بين ايدى النساء لان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى كنظر الرجل الى محارمه على رواية كتاب الخنثى من الاصل لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ ولهذا لا يحل للمرأة غسل الرجل الاجنبى بعد موته ويحل للرجل ذلك نعم نظر المرأة الى الرجل لو كان كنظر الرجل الى الرجل باتفاق الروايات لكانت المسئلة دليلا على ذلك لانه لم يكن لكراهة وجه سوى حرمة التكشف للمرأة بين يدى المرأة فلا جرم تدل المسئلة عليه وليس الامر كذلك **قوله** الا يرى انه لو شهدوا بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد **فان قلت** هذا يخالف ما مر فى فصل الشهادة على القتل حيث قال لو شهدوا وقالوا **اجيب** باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيثبت اقل موجبه وهو الدية **اجيب** بان المراد بالمطلق هنا هو المطلق عن قيد العمدية اى شهدوا ولم يتعرضوا الصفة من العمدية

والخطائية بقرينة قوله وان لم يوجد العمد اى ذكر التعمد والاطلاق عن قيد العمدية لا ينافى وجوب القصاص والمراد فى فصل الشهادة هو المطلق عن ذكر الآلة فانه لو اطلق ولم يذكر الآلة بان شهدوا بالقتل ولم تشهد باى شئ قتله لم يجب القصاص والدليل عليه ما ذكر فى فصل الشهادة حيث قال واذا شهدوا انه ضربه ولم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا وتأويله انه اذا شهدوا بشئ جارح فعلم ان ذلك الآلة شرط ولو اطلق منها لا يجب القود وذكر الشارح عند قوله وتأويله فقال **فان قيل** انهم وان شهدوا بشئ جارح ولكن الضرب قد يكون خطاء فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا **قلنا** شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه بالسلاح لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه وانما يشهدوا انه قصد ضرب غيره فاصابه هذا كلامه وهو يدل على ان الاطلاق عن ذلك العمدية لا ينافى وجوب القصاص وتبين لك معنى الفرق بين الاطلاق عن ذكر الآلة والاطلاق عن وصف العمدية وتوضيحه ان الشهادة على القتل بالسلاح شهادة على انه قتله عمدا حملا لحاله على الصلاح والشهادة على القتل من غير ذكر الآلة ليس بشهادة على القتل بالسلاح ثم اعترض فى الحاشية على ان ما ذكر الشارح من السؤال والجواب عند قوله وتأويله بان قوله اذا كان عمدا ينافى هذا السؤال والجواب **قلت** هذا الاعتراض غير متوجه اذ ليس المراد بقوله اذا كان عمدا هو ان يذكر الشاهد وصف العمدية بان يقول انه قتله عمدا لما ان ذكر العمدية ليس بشرط لما صرح به هنا بل المراد به هو ان يثبت العمدية بشهادتهم بان وصف القتل بوصف العمدية او ذكره مطلقا واياما يثبت القتل العمد بشهادتهم وبهذا يسقط ايضا ما قيل قوله الا يرى الخ ينافى قوله فى فصل الشهادة حيث قيد هناك بقوله اذا كان عمدا **قوله** لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى

حسبی الله وحده
من الکتب التی وقفها الفقیر
الی الله ربه ذی المواهب
محمد المدعو بین الصدور بابن عنب
وکفی عبده ١٢٥